THESE DE DOCTORAT DE DROIT

L'UNIVERSITE DE RENNES 1
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Droit public*

Par

Florian PINEL

La participation du citoyen à la décision administrative

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 12 décembre 2018
Unité de recherche : Institut du droit public et de la science politique

Rapporteurs avant soutenance :

Olivier Renaudie Professeur à l'Université Paris 1
Christophe Testard Professeur à l'Université d'Auvergne

Composition du Jury :

Président :	Jacques Petit	Professeur à l'Université de Rennes 1
Examineurs :	Bénédicte Delaunay	Professeure émérite à l'Université de Tours
	Olivier Renaudie	Professeur à l'Université Paris 1
	Christophe Testard	Professeur à l'Université d'Auvergne
Dir. de thèse :	Gweltaz Eveillard	Professeur à l'Université de Rennes 1

À la mémoire de mon grand-père.

À Louis.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes premiers remerciements au Professeur Gweltaz Éveillard, qui m'a fait l'honneur de diriger cette thèse, pour sa confiance, sa disponibilité, sa patience et pour ses conseils avisés. Ils m'ont apporté une aide précieuse durant toutes ces années.

Je remercie vivement les Professeurs Bénédicte Delaunay, Jacques Petit, Olivier Renaudie et Christophe Testard d'avoir accepté de faire partie de mon jury de thèse.

Mes remerciements vont également à tous ceux qui m'ont accompagné pendant cette longue aventure, mes collègues doctorants, mes collègues élus municipaux et mes collègues de travail, pour leurs encouragements et pour m'avoir offert un cadre favorable à ce travail de recherche.

Merci à toute ma famille, et tout particulièrement à Sandra, pour leur soutien dans les moments difficiles, pour leur patience et pour les sacrifices toujours croissants que je leur ai imposés pour mener à terme ce travail et atteindre mon objectif.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Revues et ouvrages

<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique – Collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique – Droit immobilier</i>
<i>AJPI</i>	<i>Actualité juridique – Propriété immobilière</i>
<i>BDEI</i>	<i>Bulletin du droit de l'environnement industriel</i>
<i>BJCL</i>	<i>Bulletin juridique des collectivités territoriales</i>
<i>BJDU</i>	<i>Bulletin juridique de droit de l'urbanisme</i>
<i>Cah. Cons. const.</i>	<i>Les Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
<i>Constr.-Urb.</i>	<i>Revue Construction - Urbanisme</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Revue Droit administratif.</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>Envir.</i>	<i>Revue environnement</i>
<i>JCP A</i>	<i>La Semaine juridique, édition Administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>LPA.</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>Quot. jur.</i>	<i>Le Quotidien juridique</i>
<i>RA</i>	<i>La Revue administrative</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État</i>
<i>Rec. Cons. const.</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Rep. cont. adm.</i>	<i>Répertoire de contentieux administratif Dalloz</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RISA</i>	<i>Revue internationale de science administrative</i>
<i>RLCT</i>	<i>Revue Lamy collectivités territoriales</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit des affaires</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>

Autres abréviations

<i>ass.</i>	<i>Assemblée du contentieux</i>
<i>ass. plén.</i>	<i>Assemblée plénière</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>

<i>comm.</i>	<i>commentaire</i>
<i>concl.</i>	<i>conclusions</i>
<i>cons.</i>	<i>considérant</i>
<i>dir.</i>	<i>direction</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>obs.</i>	<i>observations</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
<i>n°</i>	<i>numéro</i>
<i>p.</i>	<i>page</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
<i>s.</i>	<i>suivantes</i>
<i>sect.</i>	<i>Section du contentieux</i>
<i>soc.</i>	<i>Chambre sociale</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal administratif</i>

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Première partie – LA DIVERSITÉ DE FAÇADE DES MANIFESTATIONS DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

Titre I – La pluralité des instruments participatifs inscrite dans un mouvement d’élargissement du cercle des participants

Chapitre 1 – Le développement initial des modèles de participation restreinte

Chapitre 2 – Le développement complémentaire des modèles de participation ouverte

Titre II – La pluralité des fonctions de la participation citoyenne illustrant son caractère malléable

Chapitre 1 – Les fonctions pour le citoyen, entre démocratie administrative et garantie individuelle

Chapitre 2 – Les fonctions pour l’administration, la recherche d’efficacité

Seconde partie – L’UNITÉ DE FAÇADE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

Titre I – Les garanties principales assurant la suffisance de la participation

Chapitre 1 – La concrétisation plurielle de l’information préalable sur le projet de décision

Chapitre 2 – La concrétisation plurielle des modalités d’organisation du processus participatif

Titre II – Les garanties complémentaires assurant la sincérité de la participation

Chapitre 1 – La concrétisation plurielle du droit à la prise en compte du point de vue

Chapitre 2 – Les garanties organiques plurielles de la participation

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Afin de qualifier juridiquement l'implication des administrés au sein de l'action administrative, B. Gény, dans son essai de 1930, évoque la notion de « *collaboration* » des administrés avec l'administration¹. Selon lui, « *l'idée même de collaboration implique (...) au minimum deux personnes, dont l'une assiste l'autre dans l'exécution d'un travail commun* »². C'est ainsi que l'administré peut être amené à collaborer avec l'administration dans diverses hypothèses. C'est d'abord le cas lorsqu'un contrat est passé entre l'administration et un administré, notamment pour lui confier l'exécution matérielle d'une tâche administrative et/ou pour lui confier le pouvoir de décider³. Cette collaboration est aussi présente lorsqu'un administré agit en tant que fonctionnaire de fait. Pour finir, elle se manifeste lorsque l'administré intègre le processus décisionnel sans disposer d'un quelconque pouvoir de décision, en émettant un avis ou une observation. Si cette expression de collaboration va rapidement trouver une place dans le vocabulaire juridique, par la notion de « collaborateurs occasionnels du service public »⁴, elle ne va cependant pas prendre cette dimension lui permettant de caractériser juridiquement l'ensemble des dispositifs d'association des administrés à l'action administrative. En droit public, ce sont les composantes de cette collaboration qui vont s'imposer comme des thèmes d'étude autonomes. La première réside dans le phénomène de la contractualisation de l'action administrative. La seconde notion, objet de notre étude, réside dans l'exigence de participation du citoyen à la décision administrative, ou acte administratif unilatéral, qui est « *l'œuvre d'une volonté unique et s'impose à son destinataire sans que le consentement de ce dernier ne soit requis* »⁵. L'existence de cette notion de participation du citoyen à la décision administrative est assez récente en droit positif (Section 1), bien que ses origines soient parfois assez anciennes. Après avoir dressé un rapide historique de l'émergence de cette notion, il conviendra de la définir précisément (Section 2),

¹ B. GÉNY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Université de Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1930.

² *Ibid.*, p. 1.

³ Ces différentes hypothèses peuvent se recouper dans le cadre des délégations contractuelles de services publics où le délégataire peut être amené à prendre des décisions administratives et en assurer lui-même l'exécution.

⁴ CE, ass., 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine, *Rec.*, p. 279 ; voir aussi CE, sect., 12 octobre 2009, Mme Chevillard et autres, *AJDA*, 2009, p. 1863 et 2170, conclusions LIÉBER et BOTTEGHI, *RFDA*, 2009, p. 1299 ; *RFDA*, 2010, p. 410, note LEMAIRE.

⁵ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 1974, p. 11.

afin d'en faire ressortir les différents domaines d'application. Une fois ce travail effectué, il sera mis en avant l'intérêt du sujet de l'étude et la justification du plan de recherche (Section 3).

Section 1 – La reconnaissance juridique récente de la participation du citoyen à la décision administrative

2. Retenir comme objet d'étude la participation du citoyen à la décision administrative implique un choix terminologique qui n'est pas effectué en tant que tel en droit positif. La notion de participation du citoyen apparaît comme l'association de deux termes qui ont été formalisés séparément, à savoir celles de « citoyen », pour caractériser les administrés (§ 1), et de « participation », pour caractériser son implication à la décision administrative (§ 2). L'expression au singulier de « participation du citoyen » n'est d'ailleurs jamais utilisée officiellement. Quelques textes font référence à la notion de « *participation des citoyens* ». Ainsi en va-t-il de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions⁶, de la Charte de la concertation du ministère de l'environnement de 1996⁷, de l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement⁸ et, dans un autre domaine, de la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs⁹. Cette utilisation ponctuelle de l'expression « *participation des citoyens* » se retrouve également dans la jurisprudence administrative, puisqu'elle n'a été employée par le juge qu'à une seule occasion dans un arrêt « Commune d'Issy-les-Moulineaux » du 3 décembre 2006¹⁰. Plus fréquemment, les textes font références à la participation du public, des habitants, des électeurs, des usagers. Reconnaître au singulier la figure du « citoyen » témoigne d'une volonté de mettre en avant l'unité de cette notion par-delà sa diversité intrinsèque.

⁶ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JO*, 3 mars 1982, p. 730. Selon l'article 1^{er}, « *des lois détermineront (...) le développement de la participation des citoyens* ».

⁷ Le préambule de la Charte de la concertation du ministère de l'environnement de 1996 indique qu'elle a pour objectif « *de promouvoir la participation des citoyens aux projets qui les concernent* ».

⁸ Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, *JO*, n°0219, 21 septembre 2000, p. 14792. Depuis cette ordonnance, le titre II du Livre 1er s'intitule « *information et participation des citoyens* ».

⁹ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JO*, 11 août 2011, p. 13744. L'expression ressort de l'intitulé même de la loi.

¹⁰ CE, sect. 13 décembre 2006, n° 264115, Commune d'Issy-les-Moulineaux, *Rec.*, 556 : « *l'agrément pour la protection de l'environnement a pour objet de favoriser, par la voie des associations agréées, la participation des citoyens à la concertation locale sur les décisions relatives à l'environnement* ».

§ 1 – La formalisation de la notion de « citoyen » pour caractériser juridiquement l'administré

3. Traditionnellement, c'est l'« administré » qui est en relation avec l'administration ou qui est soumis à un statut légal ou réglementaire. Dans ce schéma classique, envisager en termes de citoyenneté la relation entre l'administré et l'administration relevait d'un non-sens. « *La qualité d'administré est indépendante de celle de citoyen, laquelle conditionne la participation sur le plan politique* »¹¹. En effet, le citoyen a toujours été celui qui bénéficie des droits civiques et politiques. Il est alors celui qui dispose du droit de vote et d'éligibilité. Ce faisant, la citoyenneté est essentiellement liée à la nationalité¹², même si cette liaison a été relativisée avec la reconnaissance du droit de vote des ressortissants des États membres de l'Union européenne aux élections municipales et européennes¹³. Partant, « *parler du citoyen pour désigner l'administré* » procédait d'une « *comparaison boiteuse entre le pouvoir politique et le pouvoir administratif* »¹⁴. Dans la sphère politique, le citoyen est la source de la légitimité démocratique, mais, dans la sphère administrative, l'individu ne peut être qu'un sujet, au mieux un administré, soumis à la puissance unilatérale de l'administration incarnant l'intérêt général et subordonnée à la sphère politique. Toutefois, face à cette citoyenneté politique, s'est progressivement développée une « *citoyenneté administrative* »¹⁵.

Un premier mouvement est intervenu par le développement de la notion d'« usager », « *démontrant par-là même une émancipation de l'administré à l'égard de l'administration puisqu'il ne subit plus l'action administrative, mais en devient le bénéficiaire* »¹⁶. Ce nouveau qualificatif tend à relativiser la relation verticale d'autorité de l'administration sur l'administré. La notion même d'administré en ressort alors sous un « *aspect négatif de sujétion* »¹⁷

¹¹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon, 2016, p. 32.

¹² J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.

¹³ Article 88-3 de la Constitution tel qu'issu de la révision constitutionnel n° 93-952 du 27 juillet 1993, *JO*, n° 172, 28 juillet 1993, p. 10600.

¹⁴ D. TRUCHET, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in IFSA, *Administration : Droits et attentes des citoyens*, La documentation française, 1998, p. 26.

¹⁵ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2002 ; G. DARCY, « Une citoyenneté administrative ? », in CERAP, *Figures de la citoyenneté*, l'Harmattan, 2006, p. 131-139.

¹⁶ V. DONIER, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, p. 13.

¹⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 32.

contrairement au mouvement de rapprochement entre le service public et ses usagers. Ce mouvement s'est concrétisé par la reconnaissance de divers droits publics subjectifs¹⁸ à partir des années 1970. On peut alors citer l'intervention de la loi du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République¹⁹, de la loi 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁰, de la loi du 17 juillet 1978 consacrant notamment le droit à la communication des documents administratifs²¹ et de la loi du 11 juillet 1979 sur l'exigence de motivation des décisions administratives²². Entre également dans ce mouvement le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers²³.

Ce mouvement de rééquilibrage des relations entre l'administration et l'administré s'est accompagné d'une nouvelle mutation terminologique tendant à l'emploi du qualificatif « citoyen », venant « éclipser »²⁴ celui d'« usager ». Divers textes visant à réformer l'administration vont manifester cette expression. On retrouve ainsi l'expression « citoyen » dans la circulaire du 23 février 1989, relative au renouveau du service public²⁵, la charte des services publics du 18 mars 1992²⁶ et la circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics²⁷. La véritable consécration est à mettre à l'actif du législateur lui-même dans le cadre de l'intitulé même de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, dite « DCRA »²⁸. Parallèlement, d'autres sources illustrent cette nouvelle grammaire du droit administratif dans le cadre de politiques publiques sectorielles. Ainsi, par exemple, l'expression apparaît à l'article 1^{er} de la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire²⁹ et dans la Charte de la concertation du Ministère de

¹⁸ ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés*. Actes du 4^e colloque organisé les 10 et 11 juin 2010, LexisNexis, 2011.

¹⁹ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, *JO*, 4 janvier 1973, p. 164.

²⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO*, 7 janvier 1978, p. 227.

²¹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978, p. 2851.

²² 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, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711.

²³ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JO*, 3 décembre 1983, p. 3492.

²⁴ V. DONIER, « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *op. cit.*, p. 13.

²⁵ Circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public, *JO*, 24 février 1989, p. 2526.

²⁶ DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *La charte des services publics*, La Documentation française, 1992.

²⁷ Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JO*, 28 juillet 1995, p. 11217.

²⁸ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000, p. 5646. Toutefois, si l'expression est utilisée dans l'intitulé de la loi, elle n'apparaît que très épisodiquement dans le corps même de ses dispositions.

²⁹ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO*, 5 février 1995, p. 1973.

l'environnement de 1996. En outre, cette qualité de citoyens est reconnue aux usagers du service public hospitalier³⁰ et du service public fiscal³¹. Pour V. Donier, « *ce glissement sémantique n'est pas qu'une simple formule, il est le reflet, d'une part, de la construction de nouveaux équilibres entre l'administration et le public et, d'autre part, de l'émergence de nouvelles revendications* »³². Dans ses rapports avec l'administration, le citoyen peut être défini comme « *l'administré qui dispose de droits à l'égard de l'administration et d'une capacité à les faire respecter* »³³. Les « *droits de citoyenneté* »³⁴ reposent « *sur l'idée que l'administré ne saurait être dépourvu d'un droit de regard et de contrôle sur une administration à laquelle il n'est pas entièrement extérieur, puisque l'administration est une branche de l'appareil d'État, appareil d'État dont la légitimité repose, dans un système démocratique, sur l'élection des organes politiques par les citoyens. Ainsi envisagée, la citoyenneté administrative serait un prolongement de la citoyenneté politique* »³⁵. Bien qu'on ne puisse associer les citoyennetés politique et administrative, leur lien repose alors sur la base citoyenne comme source de légitimité de la puissance publique. Alors qu'elle constituait le fondement de la dichotomie classique entre l'administré et le citoyen, la participation devient un élément fédérateur, puisqu'« *à la figure par essence passive de l'"administré", tend ainsi à se substituer, progressivement, celle, intrinsèquement active, du "citoyen"* »³⁶. Plus largement, P. Idoux estime que « *la tendance contemporaine est (...) à l'appréhension réunifiée de la personne dans l'ensemble de ses dimensions, dont les multiples facettes sont synthétisées dans la qualité - elle-même renouvelée - de "citoyen"* »³⁷. Nous serons amenés à revenir sur ces éléments au cours de nos développements ultérieurs³⁸.

4. Retenir la notion de citoyen comme titulaire du droit de participer implique d'en délimiter les contours. S'il est acquis que l'expression recouvre des personnes physiques, se

³⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118.

³¹ Charte du contribuable vérifié.

³² V. DONIER, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *op. cit.*, p. 13.

³³ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 79.

³⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 659.

³⁵ G. ÉVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés », in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 98-99.

³⁶ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, juillet 2005, étude 26.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Voir *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

pose la question de savoir si elle peut s'étendre à deux catégories de personnes : les agents publics et les personnes morales de droit privé.

S'agissant des agents publics, la loi du 12 avril 2000 relative aux relations des citoyens dans leurs relations avec les administrations comprend des dispositions qui leur sont applicables. On pourrait alors penser que pour le législateur la relation qu'entretient l'administration avec ses propres agents pourrait être analysée sous l'angle de la citoyenneté administrative. Il existe d'ailleurs une pluralité d'instruments de participation des agents publics à la détermination collective de leurs conditions de travail, en application de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. G. Dumont fait à ce titre remarquer, et c'est de bon sens, que « *les fonctions publiques font toujours participer à l'exercice du pouvoir* »³⁹, Or, notre étude porte sur la participation du citoyen-administré. En science politique, l'objet d'étude serait la « société civile », concept qui semble pouvoir se transcrire juridiquement par la notion de « citoyen ».

Inversement, l'étude de la participation du citoyen à la décision administrative ne peut pas omettre la participation des personnes morales telles que les multiples associations constituées au sein de cette même société civile. Or, la doctrine ne tend pas toujours à voir dans les personnes morales de droit privé des « citoyens ». Pour D. Maillard Desgrées du Loû, V. Donier ou encore Ch. Testard, le citoyen ne peut être qu'une personne physique ; les personnes morales peuvent au mieux être de simples usagers⁴⁰. Dans sa thèse, G. Dumont adopte une position assez neutre en énonçant que « *la participation associative appelle (...) un jugement nuancé (...) qui ne permet pas véritablement de la faire entrer dans le cadre de la citoyenneté administrative* »⁴¹ tout en affirmant qu'« *il y a pourtant bien une tendance récente à prendre en compte la "citoyenneté" des associations* »⁴², puisque des « *associations peuvent avoir la qualité de citoyen* »⁴³. Nonobstant les positions de la doctrine majoritaire, nous cèderons ici volontiers à la proposition effectuée par le législateur dans le cadre de la loi du 12 avril 2000, qui considère comme citoyens, aussi bien des personnes physiques que de personnes morales de droit privé non chargées d'une mission de service public. La majeure partie des « *droits des citoyens* » dans leurs relations avec les

³⁹ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, op. cit., p. 106.

⁴⁰ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, p. 28 ; V. DONIER, « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », op. cit., p. 13 et s ; Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 32.

⁴¹ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, op. cit., p. 290.

⁴² *Ibid.* p. 291.

⁴³ *Idem.*

administrations sont en effet attribués à « *toute personne* », qu'elle soit physique ou morale. À cet égard, la figure contemporaine du citoyen est en mesure de caractériser l'ensemble des administrés et ce faisant toutes les composantes de la société civile. L'administration aurait alors nécessairement affaire à un citoyen au sens du droit administratif.

5. Or, depuis peu, le législateur semble vouloir revenir sur son choix de promouvoir le « citoyen » comme expression de nature à intégrer toutes les personnes physiques ou morales issues de la société civile. En effet, depuis l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015⁴⁴, est désormais promue la figure du « public » au sein du code des relations entre le public et l'administration. Le public se définit juridiquement à l'article L. 100-3 comme « *a) Toute personne physique ; b) Toute personne morale de droit privé, à l'exception de celles qui sont chargées d'une mission de service public lorsqu'est en cause l'exercice de cette mission* ». Cette définition correspond exactement à notre définition du citoyen. Est-ce à dire que la notion de citoyen est identique à celle de public ? La réponse à cette question pourra susciter de nombreux échanges doctrinaux. Pour autant, il semble qu'il faille rejeter la proposition du législateur consistant à remplacer purement et simplement la notion de citoyen par celle de public pour deux raisons. D'abord, nous serons amenés au cours de nos développements à constater que, appréciées à l'aune de la participation à la décision unilatérale, la notion de public a une connotation collective que n'a pas nécessairement le citoyen. Les procédures de participation du public (au sens restreint) sont juridiquement celles permettant à toute personne physique ou morale de participer. Il ne s'agit là que d'une forme d'instruments participatifs. Dans d'autres hypothèses, le droit de participer est plus spécifiquement accordé à des personnes directement intéressées, à des représentants d'intérêts ou encore à des électeurs. Le législateur fait donc un double emploi en utilisant la notion de public (dans un sens large), pour viser tantôt toute personne (c'est-à-dire le public dans un sens cette fois-ci restreint), tantôt des personnes directement intéressées, des représentants d'intérêts ou des électeurs. Afin d'éviter toute confusion, la notion de citoyen s'avère plus adaptée pour regrouper un ensemble « *très éclectique* »⁴⁵ de titulaires du droit de participer. En outre, comme a pu l'évoquer Ch. Testard, la notion de participation du public ne transcrit pas parfaitement la participation de la société

⁴⁴ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte n° 2.

⁴⁵ C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale : la démocratie locale entre représentation et participation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2007, p. 378.

civile. Certes le législateur exclut de sa définition du public les administrations, au sens des personnes publiques et des personnes morales de droit privé chargée d'une mission de service public. Mais, « *cette exclusion de principe (...) ne correspond pas aux garanties procédurales prévues par le code [des relations entre le public et l'administration] : le droit d'accès aux documents administratifs est ainsi reconnu à "toute personne", incluant les personnes publiques ; les dispositions relatives à l'association du public sont également invocables par les personnes publiques, à qui rien n'interdit de déposer des observations lors d'une procédure de consultation électronique ou encore lors d'une enquête publique. Au regard de la pluralité des différents sujets de droit appelés à être en relation avec l'administration, dont les différents textes rassemblés dans le code sont le reflet, la définition retenue du « public » nous paraît ainsi peu adaptée, malgré la précaution prise par le législateur délégué indiquant qu'elle s'applique "sauf disposition contraire". Sur ce point, une définition unique était peut-être impossible et la tentative semble largement vaine* »⁴⁶. La notion de citoyen ne présente pas cette faiblesse. Pour toutes ces raisons, elle sera ici préférée.

6. Une fois les contours de cette notion de citoyen déterminés, il faut maintenant s'intéresser à l'émergence de « *l'un des attributs de toute citoyenneté* »⁴⁷, à savoir le droit de participer à l'élaboration de la décision administrative.

§ 2 – La formalisation de la notion de « participation » pour caractériser l'implication du citoyen à la prise de décision

7. La notion de « participation » à la prise de décision n'a jamais été consacrée juridiquement comme un concept global de nature à qualifier juridiquement l'ensemble des instruments qu'il regroupe. Il n'existe pas en droit français de disposition constitutionnelle faisant référence à la participation citoyenne contrairement à d'autres États européens. L'article 9-2 de la Constitution espagnole prévoit que « *les pouvoirs publics sont tenus (...) de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale* ».

⁴⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 375.

⁴⁷ G. ÉVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés », op. cit., p. 109.

L'article 23 dispose quant à lui que « *tous les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus à des élections périodiques au suffrage universel* ». La Constitution portugaise évoque également cette exigence de participation citoyenne dans deux dispositions. L'article 9 fixe comme missions fondamentales de l'État, les tâches de « (...) *défendre la démocratie politique, assurer et développer la participation démocratique des citoyens à la résolution des problèmes nationaux* ». En outre, l'article 48-1, relatif à la participation à la vie publique, prévoit que « *tout citoyen a le droit de participer à la vie politique et à la direction des affaires publiques du pays, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus* ». Des dispositions analogues se retrouvent à l'article 11 de la Constitution autrichienne, à l'article 53 de la Constitution serbe, à l'article 30 de Constitution slovaque ou encore à l'article 101 de la Constitution lettone. La portée de ces dispositions reste encore à démontrer, tâche que nous ne nous attacherons pas à réaliser dans le cadre d'une étude essentiellement destinée à apprécier l'exigence de participation du citoyen à la décision administrative en droit interne. Tout au plus, de brefs éléments de droit comparé seront exploités pour mettre en relief les insuffisances des instruments de la participation en droit français.

8. Cette absence de cadre général de la « participation » n'empêche cependant pas « *la fréquence, voire l'omniprésence, dans les grands textes contemporains* »⁴⁸ de cette exigence. Cette formalisation s'est réalisée progressivement dans de nombreux secteurs administratifs.

La première reconnaissance juridique de la notion de « participation » date de la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec la promotion de la « participation des travailleurs » à la détermination des conditions collectives de travail. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Ce principe trouve des concrétisations dans la gestion des entreprises privées ou publiques, dans l'organisation des différentes Fonctions publiques, pour l'élaboration des lois et des règlements en matière de droit du travail ainsi qu'au sein de diverses institutions administratives.

La participation a ensuite été formalisée, à la suite des événements de mai 1968, dans le domaine de l'enseignement supérieur par la loi d'orientation sur l'éducation du 12 novembre

⁴⁸ J.-C. HÉLIN, « Urbanisme et démocratie », *op. cit.*, p. 184 et s.

1968, dite « loi Edgar Faure »⁴⁹, et plus spécifiquement dans le cadre de son Titre III intitulé « *Autonomie administrative et participation* »⁵⁰. Comme l'évoque Y. Jégouzo, « *la "participation" (...) fut l'un des maîtres-mots du mouvement de mai 1968 bien avant que l'on parle de démocratie participative* »⁵¹.

La nécessité de promouvoir plus largement la participation citoyenne à l'action des pouvoirs publics s'est par la suite fait ressentir durant les années 1970 comme une réponse à des phénomènes de contestation locale de projets nationaux, comme la construction de lignes de TGV, de centrales nucléaires, de lignes haute tension, de camps militaires, etc... Ces mobilisations locales ont témoigné du souhait de la société civile d'être associée à la prise de décision. Cette revendication a d'abord débouché sur une promotion de la participation dans le discours politique, avec l'idée générale selon laquelle le citoyen ne peut plus être écarté des centres des décisions. Pour M. Fritz-Legendre, « *l'idée d'une participation du public à la vie politique locale est présente dans les discours politiques depuis les années 1970. Sous la pression extérieure, en particulier des associations, la démocratie de participation est devenue un thème obligé* »⁵². Le programme commun du parti socialiste, du parti communiste et des radicaux de gauche de 1972, y faisait référence en indiquant que « *la participation démocratique des citoyens sera assurée par la consultation régulière des associations représentatives de toutes les catégories d'habitants et d'usagers, y compris les étrangers dans des conditions à définir* »⁵³. Comme l'évoque J.-C. Hélin, « *le discours politique et le droit textuel ont pris acte de cette volonté de changement d'un modèle autoritaire vers un modèle qui se voulait plus ouvert d'action administrative* »⁵⁴. Mais, alors que le thème de la participation est apparu dans le débat public, il faudra attendre près d'une décennie pour que le droit formalise de nouveau ce concept de « participation » à la décision administrative. Dans un premier temps, le législateur français a préféré systématiser d'autres droits, comme le droit d'accès aux documents administratifs par la loi du 17 juillet 1978 ou l'exigence de motivation par la loi du 11 juillet 1979. Ce sont les limites intrinsèques à ces dispositifs, simples droits à l'information

⁴⁹ Loi n° 68-978 d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, *JO*, 13 novembre 1968, p. 10579.

⁵⁰ L'exposé des motifs de la loi du 12 novembre 1968 énonçait que « *le renouvellement des structures universitaires s'inspire de deux principes : l'autonomie et la participation* ». On peut y ajouter le principe de pluridisciplinarité.

⁵¹ Y. JÉGOUZO, « L'enquête publique en débat », *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, 2008, p. 273.

⁵² M. FRITZ-LEGENDRE, « Les hésitations de la jurisprudence face à la notion de concertation », commentaire sous CE, 6 mai 1996, Association "Aquitaine Alternatives", *RFDA*, 2000, p. 154 et s.

⁵³ Voir notamment Ch. BATARDY, *Le programme commun de gouvernement : pour une histoire programmatique du politique (1972-1977)*, thèse de doctorat, Université de Nantes, 2016, p. 108.

⁵⁴ J.-C. HÉLIN, « Urbanisme et démocratie », *AJDA*, n° spécial, 1993, p. 184 et s.

a posteriori, et les faiblesses inhérentes à la démocratie représentative qui ont poussé le législateur à reconnaître formellement et à développer des dispositifs de participation du citoyen à la prise de décision dans de nouveaux secteurs de l'action administrative.

Le mouvement de formalisation de l'exigence de participation citoyenne reprend avec le projet de loi de 1978 portant développement des responsabilités des collectivités locales. Il prévoyait, dans son titre VI, l'intervention d'une loi sur « *la participation des citoyens à la vie locale* ». L'article 1^{er} de la loi du 2 mars 1982⁵⁵ relative aux droits et libertés des communes procédera de la même manière en disposant que « *des lois détermineront (...) le développement de la participation des citoyens* ». La concrétisation de cette annonce ne va pas intervenir sous la forme d'une loi générale organisant les différents dispositifs participatifs au plan local. Elle se fera en plusieurs étapes à partir de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République⁵⁶. C'est ainsi que le code général des collectivités territoriales comprend des dispositifs permettant la « *participation des électeurs aux décisions locales* »⁵⁷, la « *participation des habitants et des usagers à la vie des services publics* »⁵⁸ ou encore la « *participation des habitants à la vie locale* »⁵⁹. Ce mouvement de reconnaissance de la participation des citoyens au niveau local dépasse le strict cadre interne. À cette même période est intervenue la Charte européenne de l'autonomie locale, signée à Strasbourg le 15 octobre 1985. Elle proclame dans son article 3 § 2 que le droit de gérer localement une part importante des affaires publiques « *est exercé par des conseils ou assemblées composés de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire, direct et universel et pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux. Cette disposition ne porte pas préjudice au recours aux assemblées de citoyens, au référendum ou à toute autre forme de participation directe des citoyens là où elle est permise par la loi* ».

Parallèlement à ce domaine de l'action des collectivités territoriales, la formalisation de l'exigence de participation se diffuse en droit de l'environnement au cours des années 1990 et des années 2000. Depuis la loi « Barnier » du 2 février 1995⁶⁰, jusqu'à sa reconnaissance

⁵⁵ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JO*, 3 mars 1982, p. 730.

⁵⁶ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992 p. 2064.

⁵⁷ Intitulé du chapitre II du livre I^{er} de la première partie du code général des collectivités territoriales.

⁵⁸ Intitulé du chapitre III du titre I^{er} du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales.

⁵⁹ Intitulé du chapitre III du titre IV du livre I^{er} de la deuxième partie du code général des collectivités territoriales.

⁶⁰ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 3 février 1995, p. 1840.

constitutionnelle au sein de la Charte de l'environnement de 2004⁶¹, la « participation du public » fait partie des principes généraux du droit de l'environnement. L'article 7 de la Charte de l'environnement reconnaît à toute personne, dans les conditions et les limites définies par la loi, le droit « *de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Comme l'évoque P. Idoux, « *l'innovation est remarquable, dans la mesure où la seule disposition constitutionnelle qui concernait, auparavant, le principe de participation, limitait ce dernier au monde du travail* »⁶². Ce principe s'est depuis diffusé dans de nombreuses dispositions législatives mettant en œuvre cette exigence constitutionnelle⁶³. Là encore, le contexte international ne peut pas être omis, son influence y est même substantielle. La Convention d'Aarhus de 1998⁶⁴ systématise ainsi, aux côtés de l'accès à l'information et à la justice, la participation du public en matière d'environnement.

Enfin, la participation est apparue plus largement comme un thème essentiel de la réforme des services publics. La circulaire du 26 juillet 1995⁶⁵, annonçant une charte des citoyens et des services publics identifie, des « *principes nouveaux* ». Aux côtés de la qualité, de l'accessibilité, de la simplicité, de la rapidité, de la transparence, de la médiation et de la responsabilité, figure la « participation » des usagers du service public. Certes, cette exigence n'a pas le caractère d'un principe s'imposant de façon générale. Mais le législateur a organisé cette participation des usagers au sein de nombreux services publics. Ainsi, la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁶⁶ organise des « *formes de participation* »⁶⁷ des personnes prises en charge par les établissements sociaux et médico-sociaux. De son côté, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁶⁸ institue la « *participation des usagers au fonctionnement du système de santé* »⁶⁹. Peut enfin être évoqué l'intitulé même de la loi du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la

⁶¹ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JO*, 2 mars 2005, p. 3697.

⁶² P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

⁶³ Voir *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

⁶⁴ 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, du 25 juin 1998 ; approuvée par la loi n° 2002-285 du 28 février 2002, *JO*, 1er mars, p. 3904 ; publiée par le décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002, *JO*, 21 septembre 2002, p. 15563.

⁶⁵ Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JO*, 28 juillet 1995, p. 11217.

⁶⁶ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JO*, 3 janvier 2002, p. 124.

⁶⁷ Article L. 311-6 du code de l'action sociale et des familles.

⁶⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118.

⁶⁹ Intitulé du Chapitre IV du Titre I^{er} du Livre 1^{er} de la première partie du code de la santé publique.

participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁷⁰. Toutes ces illustrations n'épuisent pas le domaine de la participation du citoyen à la décision administrative.

9. L'avènement du code des relations entre le public et l'administration par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 aurait pu être ce temps fort pour une véritable reconnaissance d'un concept juridique de participation. Or, le législateur n'a pas fait le choix de mettre en avant cette notion, lui préférant la nouvelle expression d'« *association du public aux décisions prises par l'administration* »⁷¹. On pourrait être tenté de suivre cette nouvelle sémantique et d'abandonner toute idée de reconnaissance d'un concept de participation du citoyen à la décision administrative, qui serait alors relativisé avant même avoir été véritablement reconnu comme une notion juridique cohérente. Or, comme pour le « public », le choix de retenir l'expression « association » peut être contesté. Pour Ch. Testard, cette nouveauté « *procède sans doute de la nécessité de vouloir rassembler les différents procédés de participation du public, mais il semble que précisément la notion de "participation" privilégiée jusqu'à présent était suffisamment malléable pour inclure les différentes hypothèses d'intervention du public lors de l'élaboration des décisions administratives* »⁷². Une autre critique peut porter sur le domaine de l'association du public telle qu'elle est envisagée dans le code des relations entre le public et l'administration. Au sein du code des relations entre le public et l'administration sont fédérés sous cette appellation les dispositifs juridiques que sont les consultations ouvertes sur internet, les enquêtes publiques, les commissions administratives à caractère consultatif et les procédés référendaires, sans avoir vocation à être exhaustif. Le législateur a volontairement exclu de cette notion de participation les procédures contradictoires, permettant aux personnes intéressées de présenter leurs observations préalablement à certaines décisions, qui sont évoquées dans un autre titre. Pour le législateur, les procédures contradictoires ne sont donc pas des dispositifs d'association du public. Or, dans cette thèse, nous nous interrogerons notamment sur la question de savoir si ces procédures contradictoires peuvent ou non intégrer l'exigence participation du citoyen à la décision administrative. Dans l'hypothèse d'une réponse positive, la participation pourrait alors être promue comme une notion fédérant tout aussi bien les dispositifs permettant l'association du citoyen que les procédures contradictoires. Pour justifier

⁷⁰ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO*, 12 février 2005, p. 2353.

⁷¹ Intitulé du titre III du livre I^{er} du code des relations entre le public et l'administration.

⁷² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 377.

une telle démarche, il convient alors de nous interroger sur la définition et sur le champ d'application de cette notion de participation du citoyen à la décision, qu'il faut délimiter précisément.

Section 2 – La délimitation de la participation du citoyen à la décision administrative

10. Afin de déterminer quels sont les dispositifs juridiques qui peuvent entrer dans le cadre de la participation du citoyen à la décision administrative, il est nécessaire de définir préalablement cette notion (§ 1). Si l'étude ne porte que sur les décisions administratives, la définition de la participation du citoyen peut tout à fait être transposée à d'autres catégories de décisions unilatérales (§ 2). L'élaboration des normes constitutionnelles et législatives et celle des décisions de justice connaissent également certains des instruments juridiques de la participation citoyenne.

§ 1 – La définition de la participation du citoyen à la décision administrative

11. La reconnaissance formelle de la participation du citoyen en droit positif ne s'accompagne la plupart du temps pas d'une définition de cette notion. Le législateur se contente généralement d'instituer un mécanisme qu'il qualifie de participatif. Seul fait exception le principe de participation du public aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, qui est précisément défini à l'article L. 100-1 II 5° du code de l'environnement comme le principe « *en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente* ». Mais cette définition n'est valable qu'en matière environnementale. Elle ne tient pas lieu de définition générale de la notion de participation du citoyen à la décision administrative. La doctrine ne prend pas non plus toujours la peine de proposer une définition. « *Le principe de participation (...) est fréquemment affirmé, sans que la signification exacte*

des termes qui composent l'expression soit pour autant précisée »⁷³. Si une partie de la doctrine ne s'attèle pas à ce travail de définition, c'est qu'elle ne voit parfois pas dans la participation une notion juridique. comme le voudrait l'idée selon laquelle « *la participation relève de règles tacites, non écrites, vivantes* »⁷⁴. La participation citoyenne relèverait du fait et non du droit. C'est ce qu'envisage E. Le Cornec, pour qui « *la "participation" est un terme polysémique et non juridique. C'est d'ailleurs ce qui fait l'un de ses intérêts. Il recouvre des réalités multiples. Il s'agit d'un terme utilisé par la réflexion politique et philosophique pour différencier les niveaux d'implication du citoyen ou de l'administré dans les activités publiques (ou même les activités privées mais en tout cas collectives)* »⁷⁵. Plus souvent, cette carence de définition s'explique parce que la notion de participation est elle-même employée pour définir un autre concept, celui de démocratie administrative, qui lui serait alors apparenté. Les exemples sont nombreux. J.-B. Auby recense parmi les progrès de la démocratie administrative, les « *progrès des procédures de participation* »⁷⁶. Plus expressément, P.-Y. Chicot estime que la démocratie administrative « *implique une plus grande participation du citoyen dans l'art d'administrer et dans le pouvoir de commander* »⁷⁷. G. Aïdan définit quant à elle la démocratie administrative comme « *la participation (à des degrés divers) des personnes concernées à l'adoption des décisions administratives qui les regardent* »⁷⁸. De la même façon, Ch. Testard affirme que la démocratie administrative se définit comme la « *participation des administrés au processus d'élaboration de la décision administrative* »⁷⁹. La notion de participation aurait alors une portée explicative. La démocratie administrative serait l'ensemble des instruments permettant la participation des administrés ou des citoyens. Cependant, définir la démocratie administrative comme la participation du citoyen revient inversement à dire que la participation du citoyen est la démocratie administrative. Cette démarche tautologique n'explique pas ce qu'est exactement la participation du citoyen à la décision administrative. Tout au plus, les auteurs se contentent de définir la notion par ses concrétisations. Ainsi, la participation recouvrirait un ensemble de dispositifs comme les procédures de participation du public, les organes collégiaux intégrant

⁷³ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

⁷⁴ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, thèse, Paris, Montréal, l'Harmattan, 1997, p. 172.

⁷⁵ E. LE CORNEC, « L'aménagement en attente d'une démocratie de participation », *Etudes foncières*, janvier 2003, p. 36.

⁷⁶ J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 915.

⁷⁷ P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *RA*, 2011, p. 139.

⁷⁸ G. AÏDAN, « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 141.

⁷⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 111.

des représentants d'intérêts ou encore les processus référendaires. La notion de participation ressortirait de l'ordre de l'évidence. Or, tout ceci ne nous renseigne pas sur la définition même de la participation. Avant de savoir ce que recouvre la notion, encore faut-il la définir précisément.

12. Définir *in abstracto* la notion de participation du citoyen à la décision administrative n'est pas chose aisée. Pour reprendre les propos de P. Idoux, « *les difficultés à appréhender les mécanismes participatifs proviennent ainsi de la relative indétermination de la réponse à deux questions pourtant essentielles : qu'est-ce que participer et qui est le public ? En réalité, la participation s'avère polymorphe, tandis que le public présente de multiples facettes* »⁸⁰. Avant de s'attacher à définir précisément la notion de participation du citoyen à la décision administrative, une première remarque s'impose. Le champ de l'étude ne porte pas sur la participation politique du citoyen, ce qui en exclut tout le domaine de l'administration désignée par le corps électoral. L'analyse porte sur ce que G. Dumont appelle la « *participation administrative* »⁸¹, qui s'inscrit dans le cadre d'une conception technique de l'administration, c'est-à-dire en tant qu'elle est simplement chargée de produire des normes administratives. De façon générale, la participation permet au citoyen de faire entendre sa voix durant le processus d'élaboration de la décision administrative. À ce titre, des auteurs donnent quelques éléments de définition pour apprécier cette dimension administrative. La participation serait une forme « *d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative* »⁸², un principe « *selon lequel tout citoyen a le droit d'être écouté et associé aux décisions* »⁸³ ou encore « *une technique juridique (...) selon laquelle l'explication de la décision administrative est donnée au cours de son élaboration et non postérieurement, et désormais où le public est associé à la prise de décision* »⁸⁴. Mais il faut approfondir cette définition pour mieux cerner ce qu'elle recouvre et ce qu'elle ne recouvre pas.

Pour R. Capitant « *participer, c'est prendre part. Ce n'est pas être partie, ni faire partie. Prendre est acte. Prendre part, c'est donc prendre sa part d'action et, notamment dans le monde du droit et de la politique, prendre sa part à un acte juridique ou à une décision*

⁸⁰ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

⁸¹ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 269.

⁸² M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988, p. 398.

⁸³ P. BIJOU, « Le recours à la concertation en urbanisme », *Droit et ville*, 2002, p. 105.

⁸⁴ A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *Etudes foncières*, n° 118, novembre-décembre 2005, p. 33.

politique. Quant à une part, c'est une fraction ; fraction d'un tout plus large que l'on ne possède pas en entier, mais que l'on partage avec d'autres. Cela suppose donc un tout collectif que l'on partage entre plusieurs individus ; cela implique une collectivité »⁸⁵. De la même façon, J. Rivero estime que « la participation suppose des partenaires. Participer, c'est prendre part. Et prendre part, c'est nécessairement partager. Si je détiens une part, c'est qu'il y a d'autres parts, détenues par d'autres. La participation des citoyens à l'exercice du pouvoir sous-entend un partage de celui-ci »⁸⁶. Pour mieux concevoir ce concept de « part », ces définitions nous invitent à concevoir la participation comme une part du processus décisionnel, qui se décompose en plusieurs phases. Pour G. Burdeau, le processus décisionnel se compose de quatre phases : « la détermination du problème, le recensement et l'appréciation de ses données, l'énonciation des alternatives, enfin le choix de la solution »⁸⁷. Plus schématiquement, ce même processus décisionnel peut être subdivisé en trois phases : l'initiative, l'instruction et l'adoption de la décision. Certes, le citoyen est susceptible d'intervenir lors de chacune d'elles, lorsqu'elles ne sont pas monopolisées par l'administration, mais il ne nous semble pas que la participation recouvre ces trois phases. S'il existe un domaine de participation à la procédure (A) et un domaine de participation à la compétence (B), l'initiative citoyenne n'intègre quant à elle pas le champ de la participation du citoyen à la décision administrative (C).

A – Un domaine de la participation à la procédure

13. La définition du principe de participation du public proposée par le code de l'environnement offre un bon point de départ. L'article L. 100-1 II 5° identifie « le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente ». En se détachant de ce strict cadre environnemental, il en ressort que la participation peut recouvrir des instruments permettant au citoyen d'être informé d'un projet de décision, quelle que soit sa nature, en vue

⁸⁵ R. CAPITANT, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, coll. Études politiques n° 266, 1970, p. 31.

⁸⁶ J. RIVERO, « Introduction », in F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Travaux des XIIèmes journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 9.

⁸⁷ G. BURDEAU, « Processus décisionnel et décision politique (Plaidoyer pour l'irrationnel) », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 78.

de lui permettre d'exprimer des observations, c'est-à-dire des questions, des remarques ou encore des propositions.

La doctrine s'accorde pour intégrer dans la notion de participation du citoyen à la décision administrative toutes les procédures ouvertes permettant au public de déposer ses observations, qu'il s'agisse notamment des procédures de concertation, de débat public, d'enquête publique ou de consultation électronique.

Inversement, les auteurs sont nombreux à contester l'inclusion des procédures contradictoires. Elles permettent à une personne destinataire d'une décision individuelle portant atteinte à ses droits ou intérêts de présenter ses observations préalablement à son adoption. Ainsi définie, les procédures contradictoires répondent à la définition de la participation. Or, une partie de la doctrine se fonde sur le caractère individuel des procédures pour l'exclure du champ de la participation. Pour D. Maillard Desgrées du Lou, la participation permet seulement « *l'intervention d'usagers de l'administration (ou de représentants des usagers) que ne justifient pas des considérations de personne dans un processus de décision, de contrôle ou d'évaluation concernant l'activité des services publics (...). La participation de l'usager envisagée dans ces développements n'est pas celle de la procédure contradictoire. Certes, celle-ci peut prendre place dans l'élaboration de la décision, mais elle répond à des préoccupations d'équité qui touchent personnellement le destinataire d'une décision individuelle* »⁸⁸. De la même façon, pour G. Dumont, « *l'implication des administrés dans l'élaboration des décisions qui les concernent individuellement (...) ne peut pas être considérée comme entrant dans le champ d'application de la participation telle qu'ici délimitée : les administrés participent certes à la décision, mais outre qu'ils sont dans la plupart des cas dans une situation d'opposition avec l'administration. C'est précisément cette opposition qui justifie leur présence, le rapport qu'ils entretiennent alors avec elle est purement individuel. S'il s'agit d'un moyen d'améliorer la prise en compte des administrés, en aucun cas ne se manifeste à cette occasion l'exercice de droits de citoyenneté. La participation ne peut être mise en relation avec la qualité de citoyen que si elle est effectuée à l'occasion de l'édition d'actes administratifs à caractère général ; c'est dans ce cadre seulement que se manifeste la généralité de l'intérêt au titre duquel participent les administrés* »⁸⁹. Si ces auteurs estiment que la participation n'est envisageable qu'à l'occasion de l'édition d'actes administratifs pour lesquels le citoyen n'est pas le destinataire direct, c'est en réalité parce qu'ils assimilent la

⁸⁸ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 40.

⁸⁹ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, op. cit., p. 274.

participation du citoyen à la démocratie administrative. Or, nous serons amenés à démontrer que la participation peut aussi apparaître comme une garantie de nature défensive, de sorte que les procédures contradictoires peuvent tout à fait intégrer la notion de participation dans le cadre d'une définition que l'on pourrait qualifier de « neutre », puisqu'elle se détache des fonctions qui lui sont attachées. Il est donc possible d'affirmer, comme R. Hostiou que « *le caractère contradictoire de la procédure a pour objet de faire participer à l'opération normative l'administré dont les droits ou les intérêts particuliers risquent d'être remis en cause* »⁹⁰. De la même façon, selon A. R. Brewer Carias, « *les garanties juridiques dont [les administrés] disposent devant [l'Administration] exigent leur participation effective à la procédure, afin qu'ils exposent leurs points de vue* »⁹¹. À ce titre, le principe du contradictoire constitue la « *première forme de participation du citoyen à une décision le concernant* »⁹². Il s'agit dès lors simplement d'une « *forme de participation [qui] ne repose pas sur une préoccupation démocratique* »⁹³.

14. La notion de participation ne se limite pas pour le citoyen à présenter des observations. Le code des relations entre le public et l'administration identifie parmi les dispositifs d'association du public les commissions administratives, puisqu'elles peuvent comprendre des citoyens. Au regard d'un projet de décision, leur mission consiste à rendre un avis, se définissant comme « *une formalité de procédure comportant l'expression d'une opinion ou l'expression cohérente d'opinions diverses et destinée à éclairer une autorité sur le principe ou les modalités de l'exercice de sa compétence* »⁹⁴. S'il peut être motivé, l'avis peut aussi parfois se résumer à un simple vote favorable ou défavorable. De façon générale, la participation permet ainsi au citoyen d'exprimer un « point de vue », tantôt sous la forme d'observations, tantôt sous la forme d'un vote. Appliquée à notre recherche, la participation peut alors se définir comme le processus en vertu duquel le citoyen est informé d'un projet faisant l'objet d'une décision dans des conditions lui permettant de formuler son point de vue. Cette définition justifie que le code des

⁹⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, thèse, Paris, LGDJ, tome CXIX, 1974, p. 81.

⁹¹ A.-R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, Etudes de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Economica, 1992, p. 122.

⁹² D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 4^e édition, 2011, p. 151.

⁹³ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁴ J.-M. AUBY, « Le régime juridique de l'avis dans la procédure consultative », *AJDA*, 1956, p. 53.

relations entre le public et l'administration⁹⁵, le code général des collectivités territoriales⁹⁶ et le code de l'environnement⁹⁷ identifient comme des instruments de « *participation* » les procédés référendaires locaux, qui ne consistent pas pour les électeurs à émettre des observations, mais bien à émettre un vote consultatif, relevant du domaine de la participation à la procédure, voire décisionnel, ce qui nous permet d'envisager le domaine de la participation à la compétence.

B – Un domaine de la participation à la compétence

15. Pour A. Delauney, la participation du citoyen à la décision administrative est « *une technique juridique relevant de la procédure administrative non contentieuse* »⁹⁸. Entrent ainsi dans ce cadre tous les instruments participatifs conduisant le citoyen à émettre des observations ou des avis, que ce soit dans le cadre d'une procédure contradictoire, d'une procédure de concertation ou de consultation ouverte, d'une instance consultative ou d'un référendum de portée consultative. Or, face au domaine de la « participation à la procédure », il semble aussi exister un domaine de « *participation à la compétence* »⁹⁹, en vertu duquel le citoyen est invité à prendre part au processus décisionnel à son étape ultime, le stade de l'adoption même de la décision.

Ce point de vue n'est cependant pas partagé par tous les auteurs. M. Verpeaux conteste ainsi le classement du référendum décisionnel¹⁰⁰ parmi les instruments de « *participation des électeurs aux décisions locales* » au sein du code général des collectivités territoriales. Selon lui, « *la procédure mise en œuvre ne fait pas participer les électeurs aux décisions mais leur fait prendre des décisions* »¹⁰¹. De la même façon, des auteurs contestent l'inclusion parmi les instruments participatifs de la cogestion, lorsqu'elle invite le citoyen à intégrer l'organe délibérant de l'autorité administrative compétente pour prendre la décision. La cogestion

⁹⁵ Intitulé du Chapitre V du Titre III du Livre I^{er} du code des relations entre le public et l'administration.

⁹⁶ Intitulé du Chapitre II du Titre unique du Livre I^{er} du code général des collectivités territoriales.

⁹⁷ Le Chapitre III bis du code de l'environnement relatif à la « consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement » est intégré dans le Titre II du livre I^{er} intitulé « information et participation des citoyens ».

⁹⁸ A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *op. cit.*, p. 33.

⁹⁹ Voir notamment G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, Paris, LGDJ, 1968, p. 163.

¹⁰⁰ On opposera ici le référendum décisionnel du référendum consultatif.

¹⁰¹ M. VERPEAUX, « Référendum décisionnel local : le Gouvernement persiste et signe », *JCP A*, n° 21, mai 2005, act. 203.

implique une composition plus ou moins partielle d'un organe délibérant, associant des représentants des autorités publiques, des agents ainsi que des citoyens, selon toutes les alternatives possibles : élus-agents ; élus-citoyens ; agents-citoyens ; élus-agents-citoyens. « *La cogestion se distingue de la gestion, en ce sens que les représentants d'usagers [ou de citoyens] ne sont pas seuls à participer aux organes d'administration des personnes concernées. La gestion pure et simple se retrouve dans les ordres professionnels, ou dans les chambres de métiers ou de commerce* »¹⁰². Dans ce cas, un véritable partage du pouvoir décisionnel est mis en œuvre au sein de l'organe délibérant¹⁰³. Cependant, la doctrine n'est pas unanime pour voir dans la cogestion une forme de participation. La doctrine majoritaire y voit la « *seule véritable* »¹⁰⁴ participation, la « *forme maximale* »¹⁰⁵ de la participation ou tout simplement une modalité permettant au citoyen « *participer avec voix délibérative, au même titre que les autres membres [d'un organe délibérant], à la gestion d'activités administratives* »¹⁰⁶. Inversement, certains auteurs excluent la cogestion du domaine de la participation. G. Dumont exclut « *de la notion de participation la cogestion, au motif qu'elle constitue plus un mode de représentation des intérêts qu'une véritable association des administrés* »¹⁰⁷. J. Rivero oppose la participation, qui se limite à « *l'explication [d'un projet] donnée en cours de d'élaboration* », de la cogestion qui confère « *un pouvoir de décision* » à l'administré¹⁰⁸.

La question qui se pose est alors celle de savoir si la participation peut s'étendre jusqu'à l'exercice même de la compétence. Pour y répondre, il faut opérer une distinction entre le participant et l'auteur de la norme. Lors d'un référendum, l'électeur ne se voit pas attribuer de compétence. Cette dernière reste dévolue à l'autorité administrative qui organise la votation. L'électeur ne participe ainsi qu'à la phase d'adoption de la décision. Il n'en devient pas l'auteur. C'est en ce sens que l'on peut parler de participation à la compétence. Il serait d'ailleurs assez artificiel de considérer qu'un référendum consultatif constitue un instrument participatif alors qu'un référendum décisionnel n'en serait pas un. De la même façon, dans un organe délibérant, les membres chargés de représenter la société civile ne deviennent pas auteurs de la norme. C'est toujours l'organe délibérant compétent pour adopter l'acte qui conserve ce statut d'auteur.

¹⁰² B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993, p. 45.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 126.

¹⁰⁴ M. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, 2^e édition, 1997, p. 254.

¹⁰⁵ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁶ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, p. 125.

¹⁰⁷ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 274.

¹⁰⁸ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 822.

Ce faisant, les membres de l'organe constituent en quelque sorte une « part du décideur », pour reprendre le concept de « part » développé par R. Capitant et J. Rivero¹⁰⁹. Là encore, il serait artificiel de considérer que le caractère participatif de la représentation des intérêts au sein d'un organe collégial dépende de la valeur consultative ou décisionnelle des actes que ce dernier est invité à adopter.

Il n'y a alors qu'une seule hypothèse dans laquelle une participation permet l'exercice même de la compétence. Cette situation se présente lorsqu'un organe ou une autorité est chargé de rendre un avis conforme, « *s'analysant en un co-consentement à l'acte* »¹¹⁰, puisqu'il lie l'autorité publique qui l'a sollicité. Le juge administratif considère le donneur d'avis comme un « *co-auteur* »¹¹¹ qui exerce une véritable « *compétence* »¹¹². Dans ce cas, l'avis conforme traduit un véritable partage du pouvoir décisionnel pouvant entrer dans le champ de la participation. En ce sens, le co-auteur se distingue du « *simple participant* »¹¹³ qui n'exerce par lui-même aucune compétence. Généralement, le co-auteur n'est pas le citoyen lui-même, mais l'organe ou l'autorité que le citoyen intègre. Mais, il peut arriver que le citoyen soit invité à participer directement à l'émission d'un avis conforme. Ainsi en va-t-il lorsqu'une décision administrative ne peut être adoptée qu'après avoir obtenu le consentement des électeurs¹¹⁴.

C – L'exclusion de l'initiative citoyenne

16. Cette même démarche de définition de la participation du citoyen à la décision administrative nous invite à évoquer également la question des initiatives citoyennes, qui ne nous apparaissent pas pouvoir ressortir du champ de la participation. Si le citoyen peut intervenir au stade de l'initiative, cette dernière ne semble pas devoir intégrer, en tant que telle, la notion de participation à la décision administrative, dont nous avons pu voir qu'elle se définit juridiquement comme le processus en vertu duquel le citoyen est informé d'un projet de décision dans des conditions lui permettant de présenter son point de vue. La participation implique qu'un projet de décision, plus ou moins abouti, soit soumis au citoyen. Ce faisant, il

¹⁰⁹ Voir *supra* n° 12.

¹¹⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 27.

¹¹¹ CE, sect., 16 juin 1944, Bonjasson, *Rec.*, p. 173

¹¹² CE, 7 janvier 1955, Sieur Ged, *Rec.*, p. 11, *D.*, 1955, J. 69, conclusions MOSSET.

¹¹³ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 27.

¹¹⁴ Voir *infra*, n° 22 et 123 et s.

nous apparaît que la participation ne commence qu'une fois que l'initiative est lancée. L'initiative du projet peut être tout aussi bien administrative que citoyenne, lorsqu'une demande individuelle ou collective lui a été adressée. Mais, l'initiative citoyenne ne débouche pas nécessairement sur l'organisation d'un processus participatif.

Le droit administratif connaît depuis longtemps la demande individuelle, qui est aujourd'hui normalisée dans les dispositions du code des relations entre le public et l'administration¹¹⁵. La plupart du temps, une demande individuelle n'implique pas de processus participatif. Il s'agit simplement de stimuler l'administration pour qu'elle agisse par elle-même. Ponctuellement, l'existence d'une demande individuelle peut être la cause de la participation. Ainsi en va-t-il généralement des procédures de participation du public organisée dans le cadre de la procédure préalable à l'autorisation d'un projet au titre des dispositions du code de l'urbanisme ou du code de l'environnement¹¹⁶. Inversement, l'existence d'une demande individuelle peut aussi être la cause de l'exclusion de la participation. C'est ainsi que la procédure contradictoire n'a pas lieu d'être lorsqu'une décision individuelle défavorable fait suite à une demande de la personne intéressée¹¹⁷.

Il en va de même des propositions formalisées par des organes collégiaux intégrant des citoyens ainsi que des demandes collectives formulées par des citoyens dans le cadre de leur droit de pétition¹¹⁸, tel qu'il a été introduit à l'article 72-1 alinéa 1^{er} de la Constitution par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003¹¹⁹. En principe, « *les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, (...) demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence* ». La pétition peut avoir pour objet de demander à l'administration de prendre une décision par elle-même ou de lui demander d'organiser un processus participatif sur un projet en cours d'élaboration. Cependant, les demandes ne lient jamais les autorités consultées. En remplaçant la formulation « *peuvent obtenir l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée* », retenue dans le cadre du projet de loi de révision constitutionnelle, par « *peuvent demander l'inscription* », le constituant a bien ôté tout son « *venin* »¹²⁰ au droit de pétition, ce qui avait fait dire à Y. et F. Luchaire que « *véritable*

¹¹⁵ Articles L. 110-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.

¹¹⁶ Voir *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹¹⁷ Voir *infra*, n° 48 et 52.

¹¹⁸ Pour une analyse détaillée du droit de pétition, voir R. RAMBAUD, « Le droit d'interpellation citoyenne », *AJDA*, 2016, p. 22.

¹¹⁹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO*, 29 mars 2003, p. 5568 (article 6).

¹²⁰ J.-F. LACHAUME, « Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 389. Voir aussi C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale

pavé de l'ours, cette disposition, loin d'ajouter, retranche »¹²¹. En l'absence de dispositions législatives spécifiques, le juge administratif considère que la pétition n'oblige même pas la collectivité territoriale concernée à inscrire la demande à l'ordre du jour de la prochaine séance de l'assemblée délibérante. Dans un arrêt du 6 novembre 2014, la Cour administrative d'appel de Versailles affirme que le droit de pétition « *vise à permettre (...) de demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité sans que cette inscription soit de droit* »¹²². Cette jurisprudence trouve à s'appliquer dans le cadre du dispositif introduit depuis la loi « ATR » du 6 février 1992¹²³, permettant aux électeurs de demander l'organisation d'une consultation référendaire¹²⁴. La collectivité territoriale concernée n'est aucunement liée par cette initiative citoyenne. En dehors de ce dispositif, il n'existe pas de loi reconnaissant aux électeurs de toutes les collectivités territoriales la faculté de demander l'inscription à l'ordre du jour d'une affaire autre qu'une consultation des électeurs¹²⁵. Le législateur n'a en effet pas pris la peine d'instituer un dispositif général mettant en œuvre l'exigence constitutionnelle du droit de pétition, « *ce qui est révélateur d'une époque plus prompte à proclamer des droits nouveaux qu'à les voir effectivement s'exercer* »¹²⁶. Seules font exceptions la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie de la Polynésie française¹²⁷ et la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer¹²⁸ qui institue un véritable droit de pétition pour les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon et jusqu'en 2011 de Mayotte, devenue depuis un département d'outre-mer soumis au régime classique¹²⁹. Ce droit de pétition ultramarin a une portée plus contraignante, puisqu'il contraint la collectivité territoriale à se saisir de la demande, c'est-à-dire à l'inscrire à l'ordre du jour de

: la démocratie locale entre représentation et participation », *op. cit.*, p. 376 ; E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *op. cit.*, p. 1254.

¹²¹ Y. LUCHAIRE et F. LUCHAIRE, *Décentralisation et constitution. Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *op. cit.*, p. 30.

¹²² CAA Versailles, 2^e chambre, 6 novembre 2014, n° 13VE03124 Département de l'Essonne, *AJDA*, 2015, p. 198.

¹²³ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992 p. 2064.

¹²⁴ Articles L. 1112-16 et L. 5211-49 du code général des collectivités territoriales. Voir *infra*, n° 138.

¹²⁵ Il ne faut pas oublier, dans dehors du cadre des collectivités territoriales, que le droit de pétition collectif est reconnu depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 vis-à-vis du Conseil économique social et environnementale avec une vraie portée contraignante, puisque cette autorité est tenue de s'en saisir dans un délai d'un an.

¹²⁶ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 223.

¹²⁷ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JO*, n° 52, 2 mars 2004, p. 4183, texte n° 1.

¹²⁸ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *JO*, n° 45, 22 février 2007, p. 3121, texte n° 1.

¹²⁹ Loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, *JO*, n° 0284, 8 décembre 2010, p. 21458, texte n° 1.

la prochaine réunion de l'assemblée délibérante. Si le législateur ne s'est pas encore saisi du droit de pétition en dehors des collectivités d'outre-mer, les collectivités territoriales métropolitaines ne sont pas en reste. Plusieurs d'entre elles ont volontairement mis en place un mécanisme « d'interpellation citoyenne » afin d'accorder à leurs habitants un pouvoir de proposition sur toute question relevant de leur compétence et afin de vitaliser la démocratie locale à leur échelle. Cependant, le juge administratif est venu censurer ces dispositifs locaux en raison de la compétence constitutionnellement réservée au législateur pour organiser le droit de pétition¹³⁰, ce dont il ne s'est malheureusement pas saisi. Comme l'évoque R. Rambaud, « *aujourd'hui, il n'est sans doute pas possible légalement de mettre en place un droit d'interpellation citoyenne effectif... mais il est possible de le faire en pratique, dès lors qu'on se trouve sur une zone du territoire français où l'autorité préfectorale a décidé de ne pas déférer, décision qui n'est pas susceptible de recours* »¹³¹.

Il faut dès lors juridiquement distinguer, même s'il y a des liens évidents, ce qui relève, d'une part, de la demande et surtout de l'initiative citoyenne, et, d'autre part de la participation citoyenne, qui n'intervient en réalité qu'à partir de la phase d'instruction d'un projet de décision. Il ne faut pas retenir ici une conception large de la notion de participation citoyenne qui, dans le langage courant, aurait vocation à intégrer tous les dispositions d'association du citoyen dont fait partie l'initiative citoyenne. Il faut se limiter à une conception restrictive de la notion de participation du citoyen à la prise de décision, afin de lui octroyer une définition juridique pertinente voire, nous verrons si cette démarche est possible, un régime juridique cohérent. La participation du citoyen n'est pas assimilable au concept de démocratie participative. Tout au plus le droit de pétition réalise, d'un point de vue politique, « *une participation du particulier à la vie publique de la cité* »¹³², mais pas une participation du citoyen d'un point de vue administratif.

17. Compte tenu de la définition qui vient d'être donnée, selon laquelle la participation peut alors se définir comme le processus en vertu duquel le citoyen est informé d'un projet faisant l'objet d'une décision dans des conditions lui permettant de formuler son point de vue, cette

¹³⁰ CAA Lyon, 3^e chambre, 24 avril 2012, n° 12LY00203, Préfet de la région Rhône-Alpes ; CAA Versailles, 2^e chambre, 6 novembre 2014, n° 13VE03124, Département de l'Essonne, *AJDA*, 2015, p. 198.

¹³¹ R. RAMBAUD, « Le droit d'interpellation citoyenne », *op. cit.*, p. 22.

¹³² G. SAUTEL, « Droit de pétition, doctrine sociale et perspective révolutionnaire, mai 1791 », in G. SAUTEL, *Études d'histoire du droit et de l'administration, textes rassemblés*, Éd. Panthéon Assas, 2015, p. 510.

notion peut regrouper des techniques juridiques variées qui dépassent le strict cadre des décisions administratives.

§ 2 – Une définition transposable à d’autres catégories de décisions unilatérales

18. Outre les décisions administratives, la participation du citoyen est une notion juridique plus largement applicable à toutes les catégories de décisions unilatérales. Mais, si l’élaboration des normes constitutionnelles et législatives (A) et celle des décisions de justice (C) connaissent certains de ces instruments juridiques de la participation citoyenne, leur diversité s’exprime surtout dans le champ des décisions administratives, ce qui justifiera notre champ de recherche.

A – La participation du citoyen à l’élaboration des normes constitutionnelles et législatives

19. La participation du citoyen est présente dans le cadre de l’adoption des normes constitutionnelles et législatives au travers de deux instruments juridiques. Le plus éminent est sans conteste le mécanisme référendaire par lequel les pouvoirs publics s’en remettent aux électeurs (1). Si la participation du citoyen à l’élaboration de la norme constitutionnelle s’y limite, la procédure parlementaire d’adoption des lois connaît d’autres dispositifs permettant à la société civile se faire entendre sa voix (2).

1) *Les référendums constitutionnels et législatifs*

20. Pour l'élaboration des normes constitutionnelles et législatives, le droit français institue trois catégories différentes de processus référendaires. Selon les situations, le corps électoral peut être invité à s'exprimer dans le cadre d'un référendum décisionnel, d'un consentement populaire ou d'un référendum à portée consultative.

21. Le référendum décisionnel est un outil de démocratie directe qui traduit l'expression du peuple souverain, puisque le corps électoral adopte lui-même la norme constitutionnelle ou législative. Il concrétise l'article 3 de la Constitution selon lequel « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Si cet instrument est organisé par la Constitution, son usage reste sporadique compte tenu de son caractère facultatif.

Pour ce qui concerne les révisions constitutionnelles, le recours au référendum décisionnel est prescrit par principe pour leur adoption après vote concordant des deux assemblées au titre de l'article 89 de la Constitution. Cependant, la disposition du troisième alinéa indique que « *le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès* »¹³³, ce qui rend l'usage du référendum exceptionnel. Pour vingt-quatre révisions constitutionnelles, seuls trois référendums ont été organisés. Cependant, si la révision constitutionnelle du 2 octobre 2000, réduisant le mandat présidentiel de sept à cinq ans, a bien fait usage de l'article 89, celle du 6 novembre 1962, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct a eu recours à l'article 11, non prévu à cet effet. Le même article a été employé pour le projet avorté de réforme du Sénat, dont le référendum a eu lieu le 27 avril 1969.

L'esprit de cet article 11 de la Constitution vise en réalité l'adoption des lois ordinaires. Il prévoyait initialement que le Président de la République, sur proposition du Gouvernement ou des deux assemblées conjointement, pouvait soumettre au référendum décisionnel tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des

¹³³ Cette disposition n'est applicable qu'aux projets de révision. Les propositions de révision issues des parlementaires doivent toujours être soumises à référendum.

institutions. Ce champ a été étendu par la révision constitutionnelle du 4 août 1995¹³⁴ aux projets de lois portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics, champ auquel il faut encore ajouter les réformes politiques relatives à la politique environnementale depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹³⁵. Cette même réforme constitutionnelle apporte une innovation importante, à savoir l'initiative populaire. En effet, « *un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an (...). Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum* ». Si cette innovation a été précisée par une loi organique et est entrée en vigueur¹³⁶, son apport n'est pas significatif. Jusqu'à présent aucune initiative populaire n'a vu le jour. Elle ne va pas permettre un renouveau de l'usage du référendum législatif en France, qui reste faible, voire inexistant. Les référendums législatifs organisés sur le fondement de l'article 11 ont jusqu'à présent concerné uniquement les engagements internationaux et plus spécifiquement la construction de l'Union européenne¹³⁷. Aucun référendum n'a été organisé sur une question de nature économique, sociale ou environnementale¹³⁸. Trois référendums ont porté sur la modification du statut d'un territoire¹³⁹.

Contrairement à la situation française, certains États étrangers prévoient l'organisation plus systématique de référendums décisionnels. Comme l'évoque F. Hamon, « *au niveau national, le référendum obligatoire n'existe que dans un petit nombre de pays, et il est toujours limité aux objets constitutionnels* »¹⁴⁰ ou pour la ratification de certains traités. En effet, « *dans certains pays comme la Suisse, le Danemark, l'Irlande ou l'Australie, on a poussé extrêmement*

¹³⁴ Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, *JO*, 5 août 1995, p. 11744.

¹³⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JO*, 24 juillet 2008, p. 11890.

¹³⁶ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, *JO*, 7 décembre 2013, p. 19937.

¹³⁷ Les référendums du 23 avril 1972, relatif à l'élargissement des communautés européennes, du 20 septembre 1992, relatif au Traité de Maastricht sur l'Union européenne et du 5 mai 2005, relatif au Traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹³⁸ Le volet organisation des pouvoirs a servi de base à des référendums portant sur des révisions constitutionnelles.

¹³⁹ Les référendums du 8 janvier 1961 sur la politique algérienne, du 8 avril 1962 sur les Accords d'Evian, et du 6 novembre 1988 sur le Statut de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁴⁰ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2^e édition, 2012, p. 26.

loin cette idée, et le référendum est une étape indispensable de toute révision constitutionnelle »¹⁴¹. La pratique des référendums reste assez concentrée. Qu'ils soient obligatoires ou facultatifs, constitutionnels ou législatifs, F. Hamon¹⁴² dénombre, entre 1793 et 2012, 559 référendums nationaux en Suisse¹⁴³, auxquels il faut ajouter l'ensemble des référendums issus des cantons, 72 en Italie, 33 en Irlande et 21 au Danemark. Alors que les États-Unis n'ont jamais eu recours au référendum sur le plan fédéral, les États fédérés auraient eu recours à ce mécanisme plus de 17 000 fois, selon D. B. Magleby en 1984¹⁴⁴. Cette multitude de référendums s'explique principalement par le caractère obligatoire du référendum et par la place réservée à l'initiative populaire dans ces États. Cette dernière peut avoir vocation à empêcher l'adoption d'une disposition législative (en Suisse et dans 24 États américains), à l'abroger (Italie) ou à soumettre à l'ensemble des électeurs une proposition de révision constitutionnelle (en Suisse, dans 14 États américains et en Italie de façon très limitée¹⁴⁵) ou une proposition de loi (dans 22 États américains et en Italie de façon très limitée¹⁴⁶), lorsque le nombre de signatures requises a été atteint. Dans la majorité des cas, l'initiative populaire est rejetée par le corps électoral.

22. Le droit français offre tout de même des exemples de référendums devant être organisés systématiquement dans des matières relevant de la compétence du législateur. Il s'agit de dispositifs selon lesquels le consentement des populations locales est requis au sujet de questions territoriales ou institutionnelles. L'article 53 de la Constitution, relatif à la ratification et à l'entrée en vigueur d'engagement internationaux, instaure un référendum décisionnel obligatoire. Son alinéa 3 prévoit que « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* ». C'est sur le fondement de cet article qu'ont été consultées les populations locales des Côtes française des Somalis en 1966, des Comores en 1974, de Mayotte et des Territoires des Afars et des Issas en 1976 et de Nouvelle-Calédonie en 1987 et en 2018. Le consentement des électeurs est également requis pour certaines évolutions institutionnelles des collectivités territoriales d'outre-mer. Il en va

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴² *Ibid.*, p. 82.

¹⁴³ *Idid.*, p. 112-113 : « *ce qui représente un peu plus de la moitié de tous ceux qui ont eu lieu en Europe, et un peu plus du tiers de tous ceux qui ont eu lieu dans le monde au cours de la même période* ».

¹⁴⁴ D. B. MAGLEBY, *Direct legislation, voting on ballot propositions in the United-States*, The John Hopkins University Press, 1984, p. 70.

¹⁴⁵ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative, op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁶ *Idem.*

ainsi, au titre de l'article 72-4 alinéa 1^{er}, pour le passage d'une collectivité d'outre-mer du régime commun de l'article 72-3 aux régimes spécifiques des articles 73 et 74 de la Constitution, préalablement à l'adoption d'une loi organique. Cette disposition a été appliquée pour le passage au statut de l'article 74, le 7 décembre 2003, pour les îles de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy qui l'ont accepté, et le 10 janvier 2010 en Guyane et en Martinique, qui l'ont rejeté. Le consentement des populations locales est également requis, au titre de l'article 73 alinéa 7, pour la création d'une collectivité unique se substituant à un département et une région d'outre-mer. Ce dispositif a été appliqué le 7 décembre 2003 en Martinique et en Guadeloupe, conduisant à un rejet ; le 29 mars 2009 à Mayotte et le 24 janvier 2010 en Guyane et Martinique, conduisant à un vote positif.

23. En dehors de ces hypothèses, le recours au référendum législatif local¹⁴⁷ devient facultatif et consultatif. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 72-4 prévoit que « *le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif* ». Ce dispositif n'a jamais été appliqué¹⁴⁸. Pour les collectivités territoriales métropolitaines, selon l'article 72-1, « *lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées (...)* ». Aux termes de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010¹⁴⁹, un référendum décisionnel obligatoire était requis pour la création d'une collectivité unique¹⁵⁰. Toutefois, à la suite d'échec en vue de la création de collectivités uniques en Corse, le 6 juillet 2003, et en Alsace, le 7 avril 2013, et dans le cadre de la réduction du nombre des régions métropolitaines, ces référendums obligatoires ont disparu à compter du 1^{er} janvier 2016¹⁵¹. Pour

¹⁴⁷ A.-M. LE POURHIET, « L'articulation entre le référendum local et la souveraineté nationale », in G. GUIHEUX (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant., 2006, p. 173 et s. Elle parle de « *référendum local portant sur l'exercice d'une compétence législative nationale* ».

¹⁴⁸ Il l'a été indirectement puisque les référendums prévus aux articles 72-4 alinéa 1^{er} et 73 alinéa 7 renvoient à la procédure de l'article 72-4 de la Constitution.

¹⁴⁹ Article 26 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO*, 17 décembre 2010, p. 22146.

¹⁵⁰ Article L. 4124-1 du code général des collectivités territoriales. Des dispositifs similaires sont prévus pour les fusions de départements (article L. 3114-1 du code général des collectivités territoriales) et de régions (article L. 4123-1 du code général des collectivités territoriales). Voir *infra*, n° 125.

¹⁵¹ Article 3 de la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *JO*, 17 janvier 2015, p. 777.

éviter cet écueil, le législateur a pris soin d'instituer au 1^{er} janvier 2018 la Collectivité de Corse sans procéder à la consultation des populations locales¹⁵².

2) *Les procédures participatives préalables à l'adoption des lois*

24. Si la participation du citoyen à l'acte constitutionnel se limite juridiquement au recours au référendum, d'autres instruments participatifs sont mis en place dans le cadre de la procédure parlementaire d'élaboration des lois¹⁵³.

25. Il en va d'abord ainsi de la participation de la société civile à l'élaboration des lois au sein du « Conseil économique, social et environnemental »¹⁵⁴, faisant l'objet du Titre XI de la Constitution. Cette institution, dont les origines remontent au XIX^e siècle, a été mise en place pour assurer une représentation de la société civile complémentaire à la représentation politique issue du suffrage universel. Le Conseil économique, social et environnementale représente « *les principales activités du pays, (...) favorise leur collaboration et assure leur participation à la politique économique, sociale et environnementale de la Nation* »¹⁵⁵. Parmi ses 233 membres actuels¹⁵⁶, sont représentées les forces vives de la Nation intervenant au titre de la vie économique et du dialogue social (des représentants des salariés, des entreprises privées industrielles, commerciales et de services, des exploitants et des activités agricoles, des artisans, des professionnels libérales, des personnalités qualifiées choisie en raison de leur expérience dans le domaine économique), au titre de la cohésion sociale et territoriale et de la vie associative (des représentants de l'économie mutualiste, coopératives et solidaire non agricole, de la mutualité et des coopératives agricoles de production et de transformation, des

¹⁵² Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JO*, n° 0182, 8 août 2015, p. 13705 (article 30).

¹⁵³ Les procédures consultatives sont souvent organisées aussi bien pour l'adoption des lois que pour l'adoption des règlements nationaux portant sur un même objet. Ils peuvent donc entrer dans le cadre du champ d'application de la participation du citoyen à la décision administrative. Mais, en ce qu'il intéresse l'élaboration des lois, l'étude sera ici faite.

¹⁵⁴ Le projet de réforme constitutionnelle initiée en 2018 par le Président de la République E. Macron envisage de rebaptiser le Conseil économique, social et environnemental en Chambre de la société civile.

¹⁵⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, *JO*, 30 décembre 1958, p. 12033, telle que modifiée par la loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010, *JO*, n° 0148, 29 juin 2010, p. 11633, texte n° 1.

¹⁵⁶ En 2018, un projet de réforme constitutionnelle est en cours d'élaboration pour réduire de 30 % le nombre de ces effectifs, comme de ceux de l'Assemblée nationale et du Sénat.

associations familiales, de la vie associative et des fondations, des activités économiques et sociales en Outre-Mer, des jeunes et des étudiants, des personnalités qualifiées choisies en raison de leur expérience dans le domaine social, culturel sportif ou scientifique, dans le secteur du logement social ou en raison de leur action en faveur des personnes handicapées ou des personnes retraitées), au titre de la protection de la nature et de l'environnement (des représentants des associations, fondations et des personnalités qualifiées). Les pouvoirs de cette « *assemblée consultative* »¹⁵⁷ ne se limitent pas nécessairement à la seule élaboration des lois. Le Conseil économique, social et environnemental est obligatoirement saisi pour avis, par le Premier ministre, sur tous les projets de loi de plan et les projets de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental. Il peut également être associé à leur élaboration, notamment au sein des commissions parlementaires, puisqu'« *un membre du Conseil économique, social et environnemental peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions qui lui ont été soumis* »¹⁵⁸. Parallèlement, il peut être plus largement saisi, par le Premier ministre, des projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques, des projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que des propositions de loi entrant dans le domaine de sa compétence. Le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, 500 000 personnes majeures par voie de pétition¹⁵⁹, peuvent le saisir de tout problème de caractère économique, social ou environnemental¹⁶⁰. Il peut aussi se saisir d'office pour attirer l'attention du Gouvernement et du Parlement sur les réformes qui lui paraissent nécessaires.

26. Une participation plus spécifique des partenaires sociaux, c'est-à-dire les représentants des employeurs, travailleurs indépendants et des salariés, est organisée dans le cadre de l'élaboration des réformes législatives et réglementaires portant sur le droit du travail. Faisant suite au rapport Chertier, « *pour une modernisation du dialogue social* »¹⁶¹, remis au Premier ministre le 31 mars 2006, la loi de modernisation du dialogue social n° 2007-130 du 31 janvier

¹⁵⁷ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

¹⁵⁸ Article 69 alinéa 2 de la Constitution ; voir aussi le 3^o de l'article 45 du règlement de l'Assemblée nationale, modifié par la résolution n° 292 du 27 mai 2009.

¹⁵⁹ Il s'agit ici d'une autre forme de dispositif législatif mettant en œuvre le droit de pétition. Voir *supra*, n° 16.

¹⁶⁰ Article 4-1 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

¹⁶¹ D.-J. CHERTIER, Pour une modernisation du dialogue social. Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.

2007¹⁶² a institué la disposition aujourd'hui codifiée à l'article L. 1 du code du travail selon laquelle, sous réserve de l'urgence, « *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 (...)* »¹⁶³. De son côté, l'article L. 2, « *le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1, au vu des résultats de la procédure de concertation et de négociation, selon le cas, à la Commission nationale de la négociation collective ou au Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles (...)* », comprenant des représentants des partenaires sociaux¹⁶⁴. Cette obligation de concertation préalable avec les partenaires sociaux concerne en principe tout aussi bien les projets de loi, à l'exception des projets de loi d'habilitation à légiférer par voie d'ordonnances, que les projets de règlement. Or, la seule intégration de ce dispositif dans le code du travail limite considérablement sa portée. Malgré l'inscription de l'exigence de concertation dans le code de l'environnement, cette procédure ne s'impose pas au Gouvernement préalablement au dépôt d'un projet de loi. Le Conseil constitutionnel considère que « *si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de*

¹⁶² Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JO*, n° 27, 1^{er} février 2007, p. 1944.

¹⁶³ La notion de négociation nationale interprofessionnelle désigne la négociation menée avec les trois principales organisations patronales reconnues comme représentatives sur le plan national et interprofessionnel (le MEDEF, la CGPME et l'UPA), qui n'engagent que les secteurs de l'industrie, du commerce, des services et de la construction. Les autres secteurs, dits « hors champ », ne sont pas concernés, même si le Gouvernement s'autorise parfois à associer les autres organisations représentatives dans le secteur agricole (la FNSEA), pour les professions libérales (l'UNAPL) et dans l'économie sociale et solidaire (l'UDES).

¹⁶⁴ Sans que cela concerne l'élaboration même de la loi, l'article L. 3 dispose que « *chaque année, les orientations de la politique du Gouvernement dans les domaines des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que le calendrier envisagé pour leur mise en œuvre sont présentés pour l'année à venir devant la Commission nationale de la négociation collective. Les organisations mentionnées à l'article L. 1 présentent, pour leur part, l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir. Le compte rendu des débats est publié. Chaque année, le Gouvernement remet au Parlement un rapport faisant état de toutes les procédures de concertation et de consultation mises en œuvre pendant l'année écoulée en application des articles L. 1 et L. 2, des différents domaines dans lesquels ces procédures sont intervenues et des différentes phases de ces procédures* ».

cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »¹⁶⁵. Le principe de participation des travailleurs impose seulement au législateur une obligation de fond, non pas une règle de procédure. Le juge constitutionnel a affirmé qu'il n'impose pas la consultation préalable des organisations syndicales préalablement à la présentation d'un projet de loi au Parlement¹⁶⁶. Seule son inscription dans la Constitution permettrait de modifier la procédure d'élaboration de la loi et de lier concrètement le Gouvernement, ce que préconisait pourtant le rapport Chertier. Le succès de cette exigence de concertation et éventuellement de négociation ne repose en réalité que sur le seul désir du Gouvernement de la mettre en œuvre. « *La loi du 31 janvier 2007 n'a donc qu'un impact essentiellement symbolique* »¹⁶⁷. Si les grandes réformes du droit du travail ont pour la plupart fait l'objet d'une concertation avec les organisations syndicales sous une forme ou sous une autre, les gouvernements « *ont tous, à un moment ou à un autre, procédé à des modifications législatives du droit du travail sans consultation préalable* »¹⁶⁸. Un temps envisagée sous le mandat du Président de la République F. Hollande (2012-2017), la révision de la Constitution à cette fin n'a pas été suivie d'effet. De leur côté, les deux assemblées ont formalisé cette exigence dans le cadre d'un protocole relatif à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi à caractère social relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle¹⁶⁹. L'esprit du dispositif est révélé dans son premier paragraphe : « *soucieuse de garantir l'effectivité du dialogue social, l'Assemblée nationale a décidé de mettre en place une procédure de concertation avec les partenaires sociaux avant l'inscription à son ordre du jour d'une proposition de loi entrant dans le champ décrit à l'article L. 1 du code du travail* »¹⁷⁰.

27. Jusqu'en 1992, l'élaboration des plans à l'échelle nationale s'ouvrait aux représentants des groupes sociaux-économiques, dans le cadre ce que l'on a appelé « l'économie concertée »¹⁷¹. En dehors du champ de ces procédures textuellement organisées, il ne faut pas oublier l'importance de toutes les consultations et concertations volontairement mises en œuvre

¹⁶⁵ Décision n° 93-328 DC du Conseil constitutionnel, 16 décembre 1993, *JO*, 21 décembre 1993, p. 17814, *Rec. Cons. Const.*, p. 547.

¹⁶⁶ Décision n° 77-83 DC du Conseil constitutionnel, 20 juillet 1977, *JO*, 22 juillet 1977, p. 3885, *Rec. Cons. Const.*, p. 39.

¹⁶⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKLÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 32^e édition, 2018, p. 60.

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ Protocole adopté par la Conférence des Présidents du 16 février 2010.

¹⁷⁰ Règlement de l'Assemblée nationale, p. 157.

¹⁷¹ F. BLOCH-LAÎNÉ, *À la recherche d'une économie concertée*, Editions de l'Épargne, 3^e édition, 1964 ; J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Publications de la faculté de Droit d'Amiens*, n° 1, 1971-1972, p. 68.

par le Gouvernement ou les assemblées parlementaires lors de l'élaboration des réformes de portée législative. Aujourd'hui, la tendance est au développement des processus participatifs organisés à l'échelle sectorielle, ce qui se concrétise par la mise en place des différents « Grenelles », « États généraux », « Assises », « Conférence de consensus », ainsi que de diverses procédures de consultations ouvertes.

B – La participation du citoyen à l'exercice de l'activité juridictionnelle

28. La participation du citoyen est également présente vis-à-vis de l'activité juridictionnelle. Elle s'opère alors tant au niveau de la participation à la procédure contentieuse que de la participation à l'exercice du pouvoir de juger.

29. La participation à la procédure contentieuse se manifeste essentiellement par le droit pour les parties au procès de discuter l'ensemble des pièces et des moyens soumis au juge dans le cadre du principe du contradictoire.

En tant que l'un des principes directeurs du procès¹⁷², le code de procédure civile fait référence à la « contradiction »¹⁷³. Selon l'article 14, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». Le procès civil étant l'affaire des parties, l'article 15 précise que « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Au terme de l'article 16 alinéa 2, le juge « *ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». L'alinéa 3 du même article dispose que le juge « *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».

Applicable dans un système accusatoire, cette règle l'est aussi dans les systèmes inquisitoires. L'exigence de contradiction est en effet présente dans le procès pénal, puisque

¹⁷² Livre 1^{er}, titre 1^{er}, chapitre 1^{er} du code de procédure civile.

¹⁷³ Livre 1^{er}, titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, section VI du code de procédure civile.

nul ne peut être condamné sans avoir été entendu. Elle est reconnue en tant que composante des droits de la défense, aux côtés du droit à l'assistance d'un avocat, du principe de l'égalité des armes et de l'exercice de voies de recours¹⁷⁴. Pour H. Zeghib, dans la procédure pénale, les droits de la défense vont servir « à unifier les différentes phases de la procédure, de l'enquête de police judiciaire au jugement lui-même en passant par l'instruction préparatoire et l'instruction définitive »¹⁷⁵. Le Conseil constitutionnel a en effet constitutionnalisé les droits de la défense en matière pénale en 1976, par l'intermédiaire d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁷⁶. Comme l'évoque O. Danic¹⁷⁷, le juge constitutionnel a par la suite modifié le fondement de cette reconnaissance constitutionnelle. Ne se basant sur aucune référence législative explicite, le Conseil constitutionnel fonde les droits de la défense sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »¹⁷⁸.

Dans le contentieux administratif, le principe de la contradiction a d'abord été reconnu par la jurisprudence, à partir de l'arrêt « Téry »¹⁷⁹ rendu en 1913, en tant que composante des droits de la défense, puis de manière autonome à partir de l'arrêt « D'Aillères »¹⁸⁰ de 1947 en tant que règle générale de procédure puis principe général de procédure par l'arrêt « Société La Huta »¹⁸¹ de 1961. L'article L. 5 du code de justice administrative qui dispose aujourd'hui que « l'instruction des affaires est contradictoire »¹⁸². Le caractère contradictoire de l'instruction ouvre différents droits aux profits des parties au procès administratif : le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure, le droit de prendre connaissance de toutes les pièces du dossier soumis au juge et le droit pour le défendeur de présenter à la juridiction saisie toutes les observations ou conclusions qui lui paraissent justifier la sauvegarde de ses intérêts¹⁸³. Il faut y ajouter le droit de recevoir communication des moyens soulevés d'office par le juge

¹⁷⁴ Voir notamment O. DANIC, « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droits de la défense », *RDP*, 2014, p. 3 et s.

¹⁷⁵ H. ZEGHIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1998, n° 2, p. 472.

¹⁷⁶ Décision n° 76-70 DC du Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, *Rec.*, p. 39 ; *JO*, 7 décembre 1976, p. 7052 ; *RDP*, 1978, p. 817, note L. FAVOREU.

¹⁷⁷ O. DANIC, « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droits de la défense », *op. cit.*

¹⁷⁸ Décision n° 2006-535 DC du Conseil constitutionnel, 30 mars 2006 ; *LPA*, 5 avril 2006, note SCHETTL ; *AJDA*, 2006, p. 1961, note GESLOT ; *LPA*, 13 avril 2006, note MATHIEU ; *RDP*, 2006, p. 769, note CAMBY.

¹⁷⁹ CE, 20 juin 1913, Téry, *Rec.*, p. 736 ; *S.*, 1920, 3, p. 13, conclusions L.-F. CORNEILLE.

¹⁸⁰ CE, 7 février 1947, D'Aillères, *Rec.*, p. 50.

¹⁸¹ CE, 12 mai 1961, Société « La Huta », *Rec.*, p. 313.

¹⁸² Le juge constitutionnel continue d'évoquer le principe du contradictoire en tant que composante des droits de la défense.

¹⁸³ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *EDCE*, 1953, p. 56-59.

administratif, explicitement reconnu depuis le décret du 22 janvier 1992¹⁸⁴. Ce principe ne confère pas au justiciable, en l'absence de texte, le droit d'être entendu personnellement¹⁸⁵. Aujourd'hui, et depuis le décret du 7 janvier 2009¹⁸⁶, de brèves observations orales peuvent être émises après le prononcé des conclusions du rapporteur public¹⁸⁷. À cette fin, le justiciable dispose du droit de demander la communication du sens de ses conclusions avant leur prononcé. L'exigence d'une procédure contradictoire n'est ainsi plus cantonnée à la seule phase d'instruction. Pour conclure ce léger développement, cette notion de droits de la défense recouvre aujourd'hui les exigences liées au procès équitable tel que promu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

30. Dans le cadre de l'activité juridictionnelle, il peut y avoir participation du citoyen à l'exercice même du pouvoir de juger, donc participation à la compétence. En effet, des citoyens peuvent être associés au sein d'un organe collégial ayant une fonction juridictionnelle. C'est d'abord le cas, en droit pénal, des jurys populaires¹⁸⁸. C'est ensuite le cas pour les représentants d'intérêts catégoriels dans des juridictions spécialisées composées de façon totalement ou partiellement paritaire, qu'il s'agisse des conseils de prud'hommes, des tribunaux de commerce, des tribunaux des affaires de sécurité sociale, des tribunaux paritaires des baux ruraux, des instances disciplinaires des ordres professionnels. Sont également concernés les organes collégiaux intervenant en matière disciplinaire lorsqu'ils sont qualifiés de tribunaux, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions des organismes en cause¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Décret n° 92-77 du 22 janvier 1992 portant dispositions diverses relatives à la procédure administrative contentieuse, *JO*, 24 janvier 1992, p. 1180.

¹⁸⁵ A. LEFAS, « Essai de comparaison entre le concept de "natural justice" en droit administratif anglo-saxon et les "principes généraux du droit" ainsi que les "règles générales de procédures" en droit administratif français », *RIDC*, Vol. 30, n° 3, juillet-septembre 1978, p. 758.

¹⁸⁶ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO*, 8 janvier 2009, p. 479 ; aujourd'hui codifié à l'article R. 732-1 du code de justice administrative.

¹⁸⁷ La dénomination de « rapporteur public » succède à celle « commissaire du Gouvernement » par ce même décret.

¹⁸⁸ Articles 254 et suivants du code de procédure pénale pour les cours d'assises. En 2011, la loi a prévu la participation de citoyens assesseurs au jugement des affaires correctionnelles et en matière d'application des peines, article 1^{er} de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JO*, 11 août 2011, p. 13744. Si cette participation en matière d'application des peines reste codifiée aux articles 720-4-1 et 730-1 du code de procédure pénale, l'expérimentation des citoyens assesseurs a été abrogée par l'arrêté du 18 mars 2013 mettant fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale, *JO*, 22 mars 2013, p. 4897.

¹⁸⁹ Cette qualification peut provenir de la loi ou de la jurisprudence ; voir notamment CE, ass., 12 décembre 1953, de Bayo, *Rec.*, p. 544. ; *RFDA*, 1954, p. 3, conclusions CHARDEAU ; *AJDA*, 1954, II, p. 138, note DE SOTO, chron. GAZIER et LONG.

31. D'autres acteurs issus de la société civile peuvent être invités à présenter leur point de vue dans le cadre de l'instruction de l'affaire. Ainsi, un citoyen peut être invité par les parties et par le juge à apporter son témoignage comme instrument de preuve. Un citoyen peut également participer à la découverte de la vérité en qualité d'expert¹⁹⁰. Appelé subsidiairement par le juge, lorsqu'il ne peut pas se prononcer au vu des éléments fournis par les parties¹⁹¹, sa mission reste cantonnée à l'expression de son point de vue au regard des questions de fait¹⁹², d'ordre technique. Il ne peut donc statuer sur des questions d'ordres juridiques¹⁹³. Le juge, non lié par l'avis de l'expert¹⁹⁴, conserve seul le pouvoir de qualifier juridiquement les faits¹⁹⁵ et le pouvoir de trancher le litige au regard du droit applicable. Personnalités à la mission plus étendue, mais proche du rôle des experts¹⁹⁶, sont les *amicus curiae*. L'article R. 625-3 du code de justice administrative, tel qu'issu du décret du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives¹⁹⁷, introduit ce personnage en droit français¹⁹⁸. Il dispose que « *la formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine (...)* ». Ces observations d'ordre général ne se limitent pas aux questions de fait. Elles peuvent en effet concerner des questions de droit. Les utilisations de ce procédé démontrent que c'est le profil du juriste qui est généralement sollicité. Enfin, un citoyen peut être invité à participer à

¹⁹⁰ Voir notamment P. GONOD et P. FRYDMAN, « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1361 ; F. MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1364 ; R. ENCINAS DE MUNGAGORRI, « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, p. 1377.

¹⁹¹ CE, 23 octobre 2013, n° 360961, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Borlet, *AJDA*, 2013, p. 2118 : « *Il appartient au demandeur qui engage une action en responsabilité à l'encontre de l'administration d'apporter tous éléments de nature à établir devant le juge l'existence d'une faute et la réalité du préjudice subi ; (...)* il incombe alors, en principe, au juge de statuer au vu des pièces du dossier, le cas échéant après avoir demandé aux parties les éléments complémentaires qu'il juge nécessaires à son appréciation ; (...) il ne lui revient d'ordonner une expertise que lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer au vu des pièces et éléments qu'il a recueillis et que l'expertise présente ainsi un caractère utile ».

¹⁹² Article 232 et 238 du code de procédure civile ; Article 158 du code de procédure pénale.

¹⁹³ Article 238 du code de procédure civile ; Cass., Soc., 11 décembre 1991, n° 88-41609, *Gaz. Pal.*, 1993, somm. 8, obs. F. FERRAND et T. MOUSSA ; CE, 11 mars 1996, n° 161112, SCI du domaine des Figuières, *Rec.*, p. 71.

¹⁹⁴ Article 246 du code de procédure civile.

¹⁹⁵ CE, 11 mars 1996, SCI du domaine des Figuières, n° 161112, *Rec.*, p. 71 ; pour une approche critique, voir R. ENCINAS DE MUNGAGORRI, « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *op. cit.*, p. 1377.

¹⁹⁶ Voir notamment D. CHABANOL, « Le droit de l'expertise devant le juge administratif. Une rénovation salutaire », *Rép. cont. adm.*, n° 17 ; R. ENCINAS DE MUNGAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88 ; F. MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *op. cit.*, p. 1364.

¹⁹⁷ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JO*, 23 février 2010, p. 3325.

¹⁹⁸ Pour une introduction en droit civil, voir CA Paris, 6 juillet 1988, Hudon, *D.*, 1989, p. 341, note Y. LAURIN.

l'exercice même du pouvoir de juger en qualité d'arbitre. Cependant, dans toutes ces hypothèses, si les acteurs du procès peuvent être issus de la société civile, il ne s'agit nullement d'assurer la participation ou la représentation de cette dernière.

32. Ce rapide panorama des mécanismes participatifs dans les domaines constitutionnel, législatif et juridictionnel témoigne s'il le fallait encore de la diversité d'expression de la participation du citoyen à la prise de décision unilatérale. Mais, pour ces catégories de décisions, il ne paraît pas nécessaire d'assurer une cohérence d'ensemble permettant de la dépasser la diversité apparente. En effet, les instruments de la participation du citoyen divergent selon qu'ils régissent l'élaboration des normes constitutionnelles et législatives d'une part et des décisions de justice d'autre part. Il n'y a pas particulièrement d'éléments de transversalité. Le besoin d'assurer une cohérence d'ensemble se fait cependant ressentir vis-à-vis des décisions administratives, qui connaissent l'intégralité de ces processus participatifs. Après avoir défini et délimité la notion de participation du citoyen à la décision administrative, il convient maintenant de dévoiler l'intérêt de l'étude ainsi que les éléments permettant de justifier le plan de recherche.

Section 3 – Intérêt du sujet et justification du plan

33. C'est en droit administratif que la participation du citoyen à la prise de décision s'exprime dans toute sa diversité. Tous les instruments participatifs y sont réunis, que ce soit les procédures contradictoires, les procédures consultatives ouvertes ou restreintes à certaines personnes, organes ou autorités, les procédures plus précoces de concertation, les processus référendaires à portée consultative ou décisionnelle et enfin les organes collégiaux décisionnels intégrant des citoyens. Cette diversité pose la question de savoir s'il est véritablement possible de dégager, derrière l'exigence de participation citoyenne, une véritable notion juridique cohérente. Si la notion semble émerger en droit administratif, encore faut-il être en mesure de la dévoiler précisément. Pour ce faire, il convient de faire ressortir une cohérence juridique d'ensemble au regard de sa définition, de ses fonctions, de son champ d'application et de son régime juridique. À première vue, l'œuvre ne va clairement pas de soi, tant la participation du citoyen à la décision administrative recouvre des réalités multiples. La participation est en

apparence plurielle, ce qui rend délicate toute démarche de conceptualisation. Pour identifier cette cohérence, il ne faudrait pas que la définition proposée se caractérise par son artificialité en étant simplement destinée à regrouper des éléments disparates. Bien que pouvant être soumis à une définition commune, tous ces instruments participatifs présentent des différences importantes qui ne tendent pas dans une première approche à les fédérer sous une même notion juridique. En effet, outre la diversité des instruments juridiques de la participation citoyenne, cette pluralité se manifeste aussi eu égard aux fonctions qui peuvent lui être attachées. Le citoyen ne semble clairement pas invité à participer pour les mêmes raisons. La participation citoyenne n'est pas nécessairement synonyme d'association à l'exercice du pouvoir. Certes, plusieurs dispositifs se placent clairement sur ce terrain. C'est le cas des processus référendaires, de l'inclusion des citoyens dans des organes collégiaux et des procédures de participation du public. Mais la participation semble aussi avoir pour objectif de permettre à l'individu de se défendre, préalablement à l'adoption d'une mesure qui va pouvoir porter atteinte à ses intérêts, ce qui représente l'essence de la procédure contradictoire. En outre, la participation n'est pas nécessairement instituée au profit du citoyen. Elle peut aussi l'être dans l'intérêt de l'administration, ce qui lui permet de renforcer son pouvoir de décision unilatérale. La diversité de ces formes et de ces finalités ne tend en apparence pas à garantir une unité de la notion de participation du citoyen à la prise de décision administrative. Cette question du dépassement de l'absence d'unité apparente doit se poursuivre par l'étude de son champ d'application et de son régime juridique. Seule une comparaison approfondie de l'ensemble des instruments participatifs peut permettre de répondre à cette question de savoir s'il existe des éléments de transversalité suffisants pour les fédérer sous une même notion juridique.

34. L'enjeu de ce sujet de recherche avait été illustré par une critique adressée par P. Ferrari en 1975. Selon cet auteur, « *les problèmes juridiques posés par la participation de plusieurs sujets à l'édition d'un acte administratif unilatéral n'ont pas beaucoup retenu l'attention de la majorité de la doctrine française. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État a dû plus d'une fois les affronter. Ce décalage s'explique peut-être par le fait que cette jurisprudence est peu explicite et surtout peu portée à qualifier juridiquement un phénomène qu'elle connaît pourtant. Cette absence d'analyse juridique s'avère fort fâcheuse car elle aboutit dans de nombreux cas à des solutions superficielles voire erronées mis à part l'ignorance gênante*

qu'elle semble traduire d'une notion juridique fondamentale »¹⁹⁹. Cette participation ne serait alors « ni définie, ni appliquée correctement »²⁰⁰. Si, depuis 1975, la réflexion juridique sur la notion de participation du citoyen a avancé, elle n'apparaît pas encore avoir aboutie. Le droit positif et la doctrine n'assurent pas encore de « cohérence autour d'un principe pourtant présenté comme rassembleur »²⁰¹.

De nombreux auteurs ne se sont pas risqués à élaborer une théorie générale de la participation du citoyen à la décision administrative. Les recherches juridiques sur ce thème se limitent alors à la proposition d'une classification des instruments participatifs. Des typologies relevant de la sociologie politique ont pu être proposées. Ainsi, J.-P. Ferrier distingue en 1976²⁰² trois formes de participation : la participation « idéologique », correspondant à la démocratie représentative ; la participation « psychologique », « lorsque la distance entre l'auteur de la décision et l'administré à qui elle s'appliquera est restreinte, parce que celui-ci connaît bien celui-là, peut discuter avec lui, s'informer auprès de lui, tenter de l'influencer lors de rencontres personnelles. Le cadre de cette participation est limité géographiquement : la commune, par exemple, et son application la plus évidente consiste en la décentralisation »²⁰³ ; enfin, la troisième participation « directe, personnelle, sans qu'aucun élu, même proche, ne fasse écran entre la décision et l'administré »²⁰⁴. D'un point de vue juridique, hormis le cas de la distinction entre participation à la procédure et participation à la compétence, déjà présentée²⁰⁵, d'autres typologies ont été proposées. En 1978, E. Chaperon classe les différents mécanismes participatifs en fonction de leur incidence juridique sur l'existence même de la norme à émettre, qu'elle soit neutre, nécessaire ou déterminante²⁰⁶. En 1986, F. Delperée opère la distinction entre participation « organique » et « fonctionnelle »²⁰⁷, reprise par B. Delaunay en 1993 en opposant plus explicitement la participation « directe », permettant « aux administrés d'intervenir sans intermédiaires dans le processus décisionnel, afin de se défendre

¹⁹⁹ P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Édition Cujas, 1975, p. 215.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 228.

²⁰¹ C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale : la démocratie locale entre représentation et participation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 1, 2007, p. 379

²⁰² J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *RDP*, 1974, p. 668.

²⁰³ *Ibid.*, p. 663.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Voir *supra* n° 13 et s.

²⁰⁶ E. CHAPERON, « La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral (Essai de typologie) », in G. DUPUIS, *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978, p. 113 et s.

²⁰⁷ F. DELPÉRÉE, (dir.), *La participation directe des citoyens à la vie politique et administrative*, Travaux des XII^{èmes} journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruylant, Bruxelles, 1986.

si l'acte menace leurs intérêts, mais aussi de se prononcer sur les choix effectués »²⁰⁸, de la participation « indirecte », impliquant la représentation des citoyens dans des organes collégiaux²⁰⁹. Dans le même ordre d'idée, il serait possible de distinguer les procédés de participation « endogène », par lesquels le citoyen est intégré à l'intérieur même de l'administration au sein d'un organe collégial, des procédés de participation « exogène », par lesquels le citoyen intervient depuis l'extérieur en simple qualité d'administré. Une autre dichotomie pourrait être proposée, puisque certains instruments participatifs présentent un caractère restreint, par lesquels le droit de participer est attribué à un nombre limité de citoyens, alors que d'autres présentent un caractère ouvert au plus grand nombre. Ces démarches dépassent rarement ce travail de typologie des mécanismes participatifs. Elles permettent surtout apprécier la diversité de la notion de participation, mais justement pas l'unité. Tout au plus, l'existence d'un régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative a pu être caractérisée dans le cadre de ces domaines d'application particuliers.

D'autres auteurs ont apporté une véritable réflexion approfondie sur la participation du citoyen à la décision administrative à l'occasion de l'études d'autres concepts juridiques, qu'il s'agisse de la procédure administrative non contentieuse²¹⁰, des relations entre les administrés et les administrations²¹¹, de la citoyenneté administrative²¹² ou de la démocratie administrative²¹³. Ces importants travaux de recherche ont pour point de commun de ne pas ne pas concevoir la participation comme un objet d'étude à part entière, comme une notion autonome.

Le travail de recherche prenant comme objet d'étude la participation du citoyen à la décision administrative n'est cependant pas nouveau. Déjà, en 1974, J.-P. Ferrier produisait un article intitulé « La participation des administrés aux décisions de l'administration »²¹⁴. En 1986, M. Zaghoul rédigeait sa thèse sur *la participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*²¹⁵. Depuis cette époque, le droit a cependant bien changé, de sorte que cet objet de

²⁰⁸ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 39.

²⁰⁹ Voir aussi J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 13-18.

²¹⁰ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit ; R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit.

²¹¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit.

²¹² G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, op. cit

²¹³ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit.

²¹⁴ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », op. cit., p. 668.

²¹⁵ M. ZAGHOUL, *La participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, Thèse, ANRT, Lille 3, 1986.

recherche nécessite d'être actualisé. Beaucoup plus récemment, en 2011, c'est le Conseil d'État lui-même qui rendait son rapport intitulé *Consulter autrement, participer effectivement*²¹⁶. Mais, ce dernier « *n'entend cependant pas faire œuvre doctrinale mais proposer une analyse du droit positif et un certain nombre de réformes* »²¹⁷.

Ce faisant, la recherche sur la participation du citoyen à la décision administrative comme objet d'étude à part entière reste inaboutie. Il convient, par l'étude spécifique de la notion, de rechercher s'il est possible de lui offrir une dimension juridique propre, ce qui lui fait encore défaut. Il s'agit alors de répondre à la question de savoir s'il est réellement possible de fédérer l'ensemble des instruments participatifs jusqu'à présent évoqués. L'étude de la participation du citoyen à la décision administrative invite à identifier sa cohérence d'ensemble, ce qui implique de mettre en évidence la tension entre le singulier et le pluriel, entre l'unité et la diversité. L'étude des manifestations de la participation du citoyen à la décision administrative, c'est-à-dire de son champ d'application et de ses fonctions, donne une première impression de diversité, qui ne s'avère être qu'une diversité de façade (Partie 1). Inversement, l'examen du régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative donne quant à lui une seconde impression d'unité. Cependant, une analyse approfondie des modalités d'application des instruments participatifs démontre qu'il ne s'agit que d'une unité de façade (Partie 2). Il faut alors s'accorder sur ce constat selon lequel la participation du citoyen à la décision administrative est marquée par une forme d'unité sans uniformité.

²¹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, La documentation française, 2011.

²¹⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 63.

Première partie – LA DIVERSITÉ DE FAÇADE DES MANIFESTATIONS DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

35. Toute démarche d'unification de la participation du citoyen à la décision administrative au sein d'une notion juridique cohérente est immédiatement confrontée à l'absence d'unité apparente. Il faut rapidement reconnaître ce constat selon lequel la participation est plurielle, tant dans ses divers champs d'application (matériel, personnel et temporel), que dans les objectifs poursuivis par sa mise en place. En effet, différents modèles de participation citoyenne coexistent dans des domaines variés, en associant des catégories de citoyens souvent différentes et selon des techniques juridiques très diverses. De plus, ce que l'on regroupe sous l'expression « participation du citoyen » ne semble pas répondre à une finalité unique. Les diverses fonctions de la participation ne sont pas toutes réunies en même temps, elles se contredisent même parfois et ne répondent pas toujours à des préoccupations exclusivement juridiques. Pour reprendre une terminologie propre à l'étude des contrats, ce sont en quelque sorte l'objet et les causes de la participation du citoyen à la décision administrative qui ne tendent pas à l'unification de la notion. Il est bien sûr possible de dépasser la pluralité des instruments participatifs en proposant de multiples classifications²¹⁸, permettant de mettre en lumière les différentes facettes de la participation citoyenne, mais, limitée à cette approche statique, l'analyse s'avère n'être qu'un simple survol. La recherche d'une cohérence d'ensemble de la notion de participation du citoyen à la décision administrative implique d'identifier l'esprit commun qui anime le constituant, le législateur, l'administration et le juge lorsqu'ils mettent en œuvre cette exigence. Une analyse dynamique conduit alors à dévoiler deux éléments d'unité permettant de dépasser la diversité des instruments participatifs comme celle de leurs fonctions. Ainsi, d'un point de vue historique, la pluralité des instruments participatifs s'inscrit dans un mouvement d'élargissement du cercle des participants (Titre I). Parallèlement, la pluralité des fonctions de la participation du citoyen illustre en réalité son caractère malléable (Titre II).

²¹⁸ Voir *supra*, n° 34.

Titre I – LA PLURALITÉ DES INSTRUMENTS PARTICIPATIFS INSCRITE DANS UN MOUVEMENT D'ÉLARGISSEMENT DU CERCLE DES PARTICIPANTS

36. Si l'expression « participation du citoyen à la décision administrative » est employée au singulier, elle peut tout aussi bien l'être au pluriel tant les formes qu'elle recouvre sont différentes. Une multitude de décisions administratives peuvent tout d'abord être soumises à l'exigence. Malgré « *les efforts récents pour identifier une "lex generalis" des relations entre les administrés et l'administration* » l'exigence de participation du citoyen trouve encore « *ses principaux développements dans [le] droit administratif spécial : le droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme et le droit des collectivités locales s'avèrent particulièrement riches* »²¹⁹. Il faut ensuite constater que le droit de participer varie selon la qualité du citoyen. Ce dernier peut être invité à participer en qualité de personne destinataire d'une mesure individuelle défavorable, de représentant d'intérêts, d'usager ou d'habitant, d'électeur ou enfin en simple qualité de personne lorsque la participation s'adresse au public. Pour chacune de ces qualités que peut recouvrir la notion de citoyen, le droit organise un modèle d'instruments participatifs. La participation du citoyen à la décision administrative regroupe des techniques juridiques que l'on peut logiquement classer en quatre grands modèles, eux-mêmes regroupés en deux ensembles. On trouve en premier lieu des modèles de participation restreinte, qui cantonnent la participation à un nombre limité de participants, et en second lieu les modèles de participation ouverte qui s'adressent à une multitude d'intervenants potentiels. Cette dialectique substantielle se double d'une logique temporelle, puisque ces deux ensembles ne se sont historiquement pas déployés à la même période. Pour l'essentiel, bien qu'ils trouvent parfois des origines plus précoces, le droit a initialement développé, dès le début du XX^e siècle, les modèles de participation restreinte (Chapitre 1), avant que les modèles complémentaires de participation ouverte connaissent un essor essentiellement à partir des années 1980 (Chapitre 2).

²¹⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 46.

Chapitre 1 – Le développement initial des modèles de participation restreinte

37. À compter du début du XX^e siècle, se sont développés deux modèles de participation permettant à un nombre restreint de citoyens, au sens du droit administratif, d'intervenir dans le processus décisionnel. Il s'agit d'une part de la participation de la personne intéressée, c'est-à-dire destinataire d'une mesure défavorable, dans le cadre de la procédure contradictoire (Section 1), qui implique une association très ponctuelle du citoyen, et d'autre part de la participation indirecte des représentants d'intérêts (Section 2), qui permet une association plus régulière à l'organisation et à la gestion des services publics. Ces instruments partagent la spécificité d'offrir un cadre étroit de participation du citoyen à la prise de décision lorsque l'on examine le champ d'application *ratione personae*. En effet, seule une infime minorité de citoyens est appelée à participer. Dans ce schéma classique, c'est la notion d'intérêt qui fonde la participation du citoyen, soit parce que son intérêt personnel est affecté par une décision individuelle défavorable, soit parce que les pouvoirs publics souhaitent assurer la représentation de ses intérêts collectifs ou objectifs, à l'action des autorités administratives. En d'autres termes, à défaut d'être directement affecté par une décision individuelle défavorable, le citoyen n'est associé à la prise de décision qu'indirectement par la voie de la représentation de ses intérêts.

Section 1 – La participation ponctuelle de la personne intéressée dans le cadre de la procédure contradictoire

38. À l'instar de son homologue contentieuse²²⁰, la procédure contradictoire non contentieuse, aussi appelée droits de la défense, droit d'être entendu, droit de présenter des observations ou, dans sa formule latine, « *audi alteram partem* »²²¹, est un instrument incluant le citoyen dans le processus décisionnel lorsqu'il est intéressé à titre personnel. C'est une logique simplement défensive qui est à l'œuvre ici. La procédure contradictoire permet à la personne intéressée d'être en mesure de présenter utilement ses observations préalablement à une décision individuelle portant atteinte à ses droits ou intérêts. Étudier ce principe, c'est

²²⁰ Voir *supra*, n° 29.

²²¹ M. WALINE, « Le principe "*audi alteram partem*" », *Livre jubilaire publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création 27 novembre 1856 – 27 novembre 1956*, Luxembourg Conseil d'État, 1957, p. 495-506.

étudier l'un des plus anciens droits. La Bible y fait implicitement référence lorsque Dieu entend Adam et Eve, ayant mangé le fruit de l'arbre interdit, avant de les sanctionner. La Bible relate ainsi ce passage : « *Mais l'Eternel Dieu appela l'homme, et lui dit : Où es-tu ? Il répondit : J'ai entendu ta voix dans le jardin, et j'ai eu peur parce que je suis nu, et je me suis caché. Et l'Eternel Dieu dit : Qui t'as appris que tu es nu ? Est-ce que tu as mangé de l'arbre dont je t'avais défendu de manger ? L'homme répondit : La femme que tu as mise auprès de moi m'a donné de l'arbre, et j'en ai mangé. Et l'Eternel Dieu dit à la femme : Pourquoi as-tu fait cela ? La femme répondit : Le serpent m'a séduite, et j'en ai mangé* »²²². Cette manifestation biblique contraste avec une consécration relativement tardive en droit positif dans les systèmes romano-germaniques et de *Common Law*, aussi bien en matière contentieuse que non contentieuse. En droit français, le développement progressif de la procédure contradictoire non contentieuse, depuis le début du XX^e siècle, offre une large protection (§ 1), bien que son champ d'application ne soit pas général (§ 2).

§ 1 – Une large protection de la personne intéressée face aux décisions individuelles défavorables

39. La protection offerte à la personne intéressée à titre personnel par la procédure contradictoire a été renforcée progressivement pour s'étendre à une multitude de décisions individuelles défavorables. Son domaine a connu un véritable phénomène de stratification, puisque plusieurs séries de sources juridiques générales (A) et spéciales (B) se sont succédées dans le temps, permettant ainsi de combler l'insuffisance des strates précédentes.

A – Les sources générales de la procédure contradictoire

40. À défaut de dispositions particulières, le droit pour la personne intéressée d'émettre des observations préalablement aux décisions individuelles portant atteinte à ses droits ou intérêts se fonde sur deux catégories de sources juridiques. En premier lieu, cette garantie a été

²²² Bible, Genèse 3.

consacrée en tant que principe général des droits de la défense, dont le champ d'application a connu un phénomène d'extension (1). Depuis 1983, l'exigence de contradiction est également reconnue par une source textuelle (2) qui est venue combler les insuffisances du principe général du droit. Auparavant prévues à l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers²²³, puis à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA)²²⁴, les dispositions relatives à la procédure contradictoire sont désormais codifiées aux articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration, depuis l'ordonnance du 23 octobre 2015²²⁵.

1) L'extension du principe général des droits de la défense

41. Si l'évolution de la jurisprudence a permis d'élargir le champ des mesures concernées par l'administration du principe général des droits de la défense (a), ce mouvement a trouvé ses limites dans le développement d'une série d'exceptions (b).

a) Les mesures concernées

42. Né en matière de sanctions administratives, le principe général des droits de la défense s'est élargi à l'ensemble des mesures prises en considération de la personne, induisant une évolution des fondements juridiques de l'intégration des droits de la défense en procédure administrative non contentieuse. Dans un troisième temps, l'exigence s'est enfin élargie à une dernière catégorie de mesures : les contestations de déclarations.

²²³ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JO*, 3 décembre 1983, p. 3492. Décret abrogé le 1er juillet 2007 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, *JO*, 9 juin 2006, texte n° 11, p. 8706 (article 20). Ce décret était limité aux administrations de l'État et de ses établissements publics en vertu de son article 10.

²²⁴ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646.

²²⁵ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte n° 2.

43. En doctrine, le couple « Tromprier-Gravier » - « Aramu » est généralement évoqué pour décrire la naissance du principe général des droits de la défense applicable aux sanctions administratives prises à l'encontre des administrés et des agents publics. L'arrêt « Tromprier-Gravier »²²⁶ du 5 mai 1944, rendu au sujet d'une sanction prononcée contre un administré, donne son contenu au principe. Le Conseil d'État formule ainsi son propos : « *eu égard au caractère que présentait, dans les circonstances susmentionnées, le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que [la personne intéressée] eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle* ». C'est par l'arrêt « Aramu »²²⁷ du 26 octobre 1945, rendu à l'occasion d'une sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un agent public, que cette exigence se voit reconnaître le statut de principe général du droit. La haute juridiction administrative affirme qu'il résulte « *des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense* ».

Or, ce couple « Tromprier-Gravier » – « Aramu », n'est pas l'alpha et l'oméga de l'histoire jurisprudentielle des droits de la défense en matière de sanctions administratives. En effet, ces deux arrêts ne sont en réalité pas à l'origine du développement jurisprudentiel qui a débuté au début du XX^e siècle à propos des sanctions prises à l'encontre des agents publics. Il est possible de faire remonter l'origine des droits de la défense en procédure administrative non contentieuse à un arrêt « Lechodowski »²²⁸ rendu en 1903 à propos de la mise à la retraite d'office d'un officier et dans lequel le Conseil d'État avait affirmé que « *le Chef de l'État (...) ne peut fonder sa décision sur des motifs qui lui donnent, comme dans l'espèce, le caractère d'une pénalité contre laquelle le requérant n'a pas été appelé régulièrement à présenter ses moyens de défense* ». Au regard de ces sanctions prises à l'encontre des agents publics, une source textuelle est également apparue avant la reconnaissance du principe général du droit dans le cadre de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905, qui disposait que « *tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles*

²²⁶ CE, sect., 5 mai 1944, Veuve Tromprier-Gravier, *Rec.*, p. 133 ; *D.*, 1945, p. 110, conclusions B. CHENOT, note J. DE SOTO ; *RDP*, 1944, p. 256, note G. JÈZE.

²²⁷ CE, ass., 26 octobre 1945, Aramu et autres, *Rec.* 213 ; *S.*, 1946, 3, p. 1, conclusions R. ODENT, *EDCE*, 1947, n° 1, p. 48, conclusions R. ODENT ; *D.*, 1946, p. 158, note G. MORANGE : « *considérant (...) qu'il résulte (...) des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense* ».

²²⁸ CE, 19 juin 1903, Lechodowski, *Rec.*, p. 452, s'agissant d'une mise à la retraite d'office.

signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté ». Ce cavalier budgétaire visait à répondre au scandale de « l'affaire des fiches » qui avait montré qu'entre 1901 et 1904 l'avancement des officiers dépendait de leurs opinions politiques et religieuses que leur prêtaient des fiches confidentielles réalisées, à l'initiative du ministre de la Guerre Louis André, par les loges maçonniques du Grand Orient de France²²⁹. Plus de vingt mille fiches auraient été ainsi confectionnées. De façon plus triviale, certaines fiches semblaient être parfois constituées « à partir de ragots »²³⁰. L'intérêt de ce droit pour les agents publics à la communication du dossier peut être illustré par un exemple donné par M. Stassinopoulos sur une affaire relative à un douanier. Alors que son dossier mentionnait « *boite un peu* », le supérieur de celui-ci, ayant cru lire « *boit un peu* », l'aurait qualifié dans son rapport d'« *ivrogne incorrigible* »²³¹. Parce qu'il n'avait pas pu avoir accès à son dossier, il n'avait pas pu se défendre. Afin de prévenir la réitération de telles erreurs manifestes, l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 fonde une obligation d'information préalable en conférant aux agents publics un droit à communication des éléments du dossier, dans le cadre de mesures disciplinaires, de déplacements d'office et de retard dans l'avancement à l'ancienneté. Certes, ce texte ne reconnaît pas expressément un droit pour les agents publics à présenter leurs moyens de défense, mais la doctrine s'est accordée pour affirmer que ce droit à communication des éléments du dossier s'inscrit dans la préparation d'une défense devant déboucher sur la présentation d'observations²³². Ce lien entre le droit à la communication du dossier et le droit de présenter une défense préalable a trouvé un écho en jurisprudence. Le juge a eu l'occasion de pallier, par le respect des droits de la défense, l'absence de droit à la communication du dossier pour une catégorie d'agents publics non couverts par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, les agents publics honoraires. Evoquant explicitement cette carence dans l'arrêt « Gauthier »²³³ de 1936, le Conseil d'État valide un retrait d'honorariat au motif que les agents ont été entendus dans leurs « *moyens de défense* » au regard des griefs motivant la décision. Selon G. Berlia, le juge administratif n'a ici pas fait une application de l'article 65,

²²⁹ J. GARRIGUES, *Les scandales de la République. De Panama à l'affaire Clearstream*. Nouveau monde éditions, 2004, p. 67 et s.

²³⁰ R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », 1^{er} colloque du 1 au 6 mars 1968 à Rome, p. 94.

²³¹ M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, LGDJ, 1976, p. 95-96.

²³² *Idem* ; R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », *op. cit.*, p. 94 ; G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1940-1941, p. 395-396.

²³³ CE, 17 juin 1936, Gauthier, *Rec.*, p. 659.

mais une application « *par analogie* » du principe de ce texte²³⁴. En réalité, ce n'est pas le texte même de l'article 65 qui fonde les droits de la défense. Comme l'énonce M. Waline, cet article « *réalise une application législative du principe général du droit en question* »²³⁵. L'article 65 ne constitue dès lors qu'une modalité spécifique d'information préalable au bénéfice des agents publics, à savoir le droit à la communication intégrale de leur dossier. De leur côté, le droit de présenter des observations et plus généralement la procédure contradictoire ont une existence autonome par rapport à ce texte précisant leur modalité d'application. Ce caractère autonome est d'ailleurs démontré par l'arrêt « Lechodowski »²³⁶ de 1903 qui avait consacré l'exigence de respect des droits de la défense à une époque où l'article 65 n'était pas encore applicable. Cette situation était également acquise au regard d'une jurisprudence « Le Scornet »²³⁷ rendue en 1931, également applicable à un retrait d'honorariat, pour lequel le Conseil d'État avait appliqué les droits de la défense indépendamment de la question de savoir s'il y avait ou non une carence au regard de l'article 65. En conséquence, il n'existe pas de fondement juridique textuel direct à la reconnaissance de l'exigence des droits de la défense vis-à-vis des sanctions prises à l'encontre des agents.

De la même façon, c'est en dehors de tout fondement textuel que le juge a reconnu ce droit d'émettre des observations au profit des administrés qui, par essence, ne sont pas concernés par l'article 65. À partir de 1930, le Conseil d'État fait application de la règle dans le cadre d'un retrait d'une bourse à un élève²³⁸, de l'exclusion d'un élève d'un cours complémentaire²³⁹ et de celle d'un candidat de tout concours pendant cinq ans²⁴⁰. La jurisprudence « Trompier-Gravier », relative au retrait de l'autorisation d'occuper un kiosque, ne fera donc que confirmer l'application d'un principe à l'ensemble des sanctions en dehors de texte.

²³⁴ G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *op. cit.*, p. 395-396.

²³⁵ M. WALINE, note sous CE, 9 décembre 1955, Garysas, *RDJ*, 1956, p. 330.

²³⁶ CE, 19 juin 1903, Lechodowski, *Rec.*, p. 452, s'agissant d'une mise à la retraite d'office.

²³⁷ CE, 3 juillet 1931, Le Scornet, *Rec.*, p. 736 ; *S.*, 1923, 3, p. 57, conclusions ETTOI ; *D.P.*, 1931, 3, p. 48.

²³⁸ CE, 17 janvier 1930, Ribeyrolles, *Rec.*, p. 76 : « *le ministre ne pouvant, en tout état de cause, prendre une semblable mesure (...) sans une procédure contradictoire dans laquelle le sieur Ribeyrolles père aurait été appelé à présenter ses moyens de défense* ».

²³⁹ CE, 8 juillet 1936, dame Hoarau, *Rec.*, chron., p. 743 « *eu égard à sa nature et à sa gravité, une telle mesure ne saurait intervenir sans que, au préalable, les intéressés aient pu discuter, soit par eux-mêmes, soit, s'ils sont mineurs, par leurs représentants légaux, les griefs qui leur sont reprochés* ».

²⁴⁰ CE, 28 avril 1937, Hartwig, *Rec.*, p. 446 « *eu égard à sa nature et à sa gravité, une telle mesure ne pouvait intervenir sans que le sieur Hartwig eût été mis à même de discuter les griefs relevés à son encontre* ».

44. Même détaché de tout fondement juridique textuel direct, le principe général des droits de la défense n'est pas né d'une découverte prétorienne *ab initio*. Il est le fruit d'une évolution naturelle du droit. Une partie de la doctrine s'accorde alors pour rattacher l'application des droits de la défense en matière de sanctions administratives à la nature spécifique de ces actes qui se rapprochent des attributions juridictionnelles détenues par le juge.

Le Conseil d'État définit la sanction administrative comme « *une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique* » et qui « *inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* »²⁴¹. Deux éléments caractérisent la sanction administrative. Le premier est l'existence d'une faute, qu'elle soit intentionnelle ou non²⁴², ce qui justifie qu'elle revêt « *en principe, un caractère personnel* »²⁴³. Le second est la finalité répressive. Il s'agit de prendre en compte les mobiles²⁴⁴ de l'administration, la « *volonté de punir une faute* »²⁴⁵. Ce mobile répressif n'est pas exclusif d'un autre mobile, notamment la volonté de maintenir l'ordre public, ce qui explique que les sanctions soient de nature « *essentiellement* »²⁴⁶ répressive.

R. Odent estime que ce pouvoir de sanction de l'administration consiste à « *exercer un pouvoir répressif qui s'apparente à celui que détiennent les tribunaux* »²⁴⁷ et qu'il s'inscrit dans le cadre de « *certaines matières qui, par leur nature, s'apparentent à celles relevant du domaine juridictionnel* »²⁴⁸. Cette vision est partagée par J.-M. Auby et R. Drago qui affirment que « *le pouvoir sanctionnateur n'est pas de l'essence du pouvoir administratif* »²⁴⁹. Une justification de ce propos est apportée par R. Hostiou. Selon lui, les sanctions administratives « *s'apparentent à des décisions juridictionnelles, dans la mesure, en particulier, où elles ont pour effet de trancher un litige entre elle-même et l'intéressé* »²⁵⁰. Il les qualifie d'actes « *quasi-juridictionnel[s]* »²⁵¹. J.-P. Ferrier évoque « *un caractère quasi judiciaire très marqué* »²⁵². Il

²⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation Française, 1995, p. 35-36.

²⁴² Ch. FERRARI-BREEUR, « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'administration », *RFDA*, 2001, p. 33 et s.

²⁴³ G. BRAIBANT, conclusions sur CE, 8 janvier 1960, *Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer*, *RDP*, 1960, p. 334.

²⁴⁴ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 91-92.

²⁴⁵ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 62.

²⁴⁶ G. BRAIBANT, conclusions sur CE, sect., 8 janvier 1960, *Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer*, *op. cit.*, p. 334.

²⁴⁷ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 61.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 60.

²⁴⁹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, 3^e édition, LGDJ, 1984, p. 329.

²⁵⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 89.

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 668.

faut alors opposer cette matière qui s'apparente au domaine juridictionnel des « *matières purement administratives* », pour reprendre la formule de G. Isaac²⁵³. En exerçant ce pouvoir de sanction, l'administration se comporterait en réalité comme un juge et devrait de ce fait être soumise aux mêmes règles que lui. Ainsi, la procédure administrative contentieuse et la procédure administrative non contentieuse se croiseraient sur le point précis des sanctions administratives. R. Odent évoque un « *phénomène de contamination, d'irradiation* »²⁵⁴ de la procédure contentieuse dans la procédure administrative non contentieuse.

Cette interprétation est d'ailleurs consacrée par la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel, après avoir constitutionnalisé les droits de la défense en matière pénale en 1976 par l'intermédiaire d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁵⁵, l'a rendu opposable aux sanctions administratives par une décision de 1989²⁵⁶. Il juge que, « *conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que [l'intéressé] ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant* ». Là encore, c'est bien le même principe qui s'applique tant en procédure contentieuse qu'en procédure administrative non contentieuse. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle²⁵⁷, la source de ce principe peut être textuellement trouvée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* », en ce sens que les droits de la défense et la procédure contradictoire constituent tant une garantie personnelle qu'un droit fondamental garanti par la Constitution²⁵⁸.

45. Cependant, ce rattachement à l'aspect juridictionnel ou quasi-juridictionnel doit rester relatif, puisqu'il n'est valable qu'en matière de sanctions. Il n'est en effet plus valable dans la mesure où ce principe général a été étendu à une catégorie plus large de

²⁵³ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 386-418.

²⁵⁴ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 60.

²⁵⁵ Décision n° 76-70 DC du Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, *Rec. Cons. Const.*, p. 39 ; *JO*, 7 décembre 1976, p. 7052 ; *RDP*, 1978, p. 817, note L. FAVOREU.

²⁵⁶ Décision n° 88-248 DC du Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *JO*, 18 janvier 1989, p. 754 ; *RFDA*, 1989, p. 215, note B. GENEVOIS.

²⁵⁷ Décision n° 2006-535 DC du Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *LPA*, 5 avril 2006, note SCHETTL ; *AJDA*, 2006, p.1961, note GESLOT ; *LPA*, 13 avril 2006, note MATHIEU ; *RDP*, 2006, p. 769, note CAMBY.

²⁵⁸ Voir notamment la décision n° 2010-69 QPC du Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, *JO*, 27 novembre 2010, p. 21118, texte n° 40.

décisions administratives défavorables : les mesures prises en considération de la personne. Alors que le champ d'application du principe général des droits de la défense s'était déjà élargi, certains auteurs affirmaient encore que les droits de la défense ne concernaient que les sanctions administratives²⁵⁹, même s'ils pouvaient se poser la question de savoir s'il ne fallait pas déborder ce seul cadre²⁶⁰. Or dès 1949, dans l'arrêt « Nègre »²⁶¹, le Conseil d'État étend le principe à nouvelle catégorie de décisions portant atteinte aux droits ou intérêts de leur destinataire : les mesures défavorables prises en considération de la personne, indépendamment de la question de savoir si l'intention de l'administration est répressive ou non. Dès lors, puisque le principe s'applique en dehors du domaine des sanctions, le rattachement à la notion de fonction juridictionnelle doit nécessairement être relativisé. Et si ce n'est plus cette notion qui fonde l'application des droits de la défense en procédure administrative non contentieuse, ces derniers diffèrent alors des droits de la défense contentieux. Ils deviennent ainsi une véritable notion de procédure administrative non contentieuse relevant des « *matières purement administratives* »²⁶². Le fondement de l'intégration des droits de la défense en procédure administrative non contentieuse ne peut alors ici relever que de la seule fonction qui lui est assignée, à savoir le fait de constituer une garantie de défense individuelle. Instruments de légalité externe, les droits de la défense visent, comme toute formalité, tant à limiter l'action arbitraire de l'administration qu'à garantir les droits de toute personne. Néanmoins, malgré l'affaiblissement du rattachement à la fonction juridictionnelle, ce dernier demeure eu égard à la distinction toujours en vigueur de la valeur du principe selon la nature de la mesure qu'il concerne. En matière de sanctions administratives, les droits de la défense ont valeur constitutionnelle²⁶³ ; en matière de mesures prises en considération de la personne, ils n'ont que la valeur d'un principe général du droit²⁶⁴.

D'un point de vue historique, la notion de mesure prise en considération de la personne est née dans la jurisprudence relative aux agents publics. Afin d'unifier et de simplifier leur régime, elle permettait de ne plus distinguer entre les mesures soumises à l'obligation préalable de communication du dossier visée à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 – à savoir les

²⁵⁹ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 63 ; J. PUISSOYE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration », *AJDA*, 1962, p. 81.

²⁶⁰ G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *Dalloz*, 1956, chron. XXIII., p. 125.

²⁶¹ CE, 24 juin 1949, *Nègre*, *Rec.*, p. 304.

²⁶² G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 386.

²⁶³ Décision n° 88-248 DC du Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *JO*, 18 janvier 1989, p. 754 ; *RFDA*, 1989, p. 215, note B. GENEVOIS.

²⁶⁴ CE, 9 décembre 1955, *Ministre des PTT c/ sieur Garysas*, *RDP*, 1956, p. 330, note M. WALINE.

sanctions disciplinaires, les décisions de déplacement d'office et de retard dans l'avancement à l'ancienneté – et les autres mesures qui n'y étaient pas soumises. Dans l'affaire « Nègre »²⁶⁵ de 1949, le Conseil d'État va se détacher d'une lecture littérale pour appliquer l'exigence à une hypothèse non visée par l'article 65, à savoir la révocation d'un haut-fonctionnaire à la discrétion du gouvernement sans qu'une faute lui soit reprochée, en justifiant cette application par le fait que la mesure était prise en considération de la personne. Paradoxalement, le juge administratif va tout de même estimer que « *le requérant est fondé à se prévaloir des dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905* », garantissant le droit à communication intégrale du dossier. Il confirmera cette jurisprudence vis-à-vis de l'éviction d'un agent pour inaptitude professionnelle²⁶⁶, hypothèse elle aussi non visée par la disposition législative. Tout comme en matière de sanctions, le juge va se détacher de l'article 65 en ouvrant le droit de présenter ses observations à « *toute personne non fonctionnaire envers laquelle un acte sans aucun caractère disciplinaire, mais portant atteinte à ses intérêts* »²⁶⁷ est prononcé. Tout administré subissant une mesure prise en considération de sa personne doit être à même de présenter ses observations avant le prononcé de la mesure²⁶⁸.

Cette notion de mesures prises en considération de la personne a vocation à régir des situations multiples et variées qu'il est possible de regrouper en deux catégories. Initialement, la notion visait les mesures fondées sur l'appréciation du comportement de l'intéressé, de son « *fait personnel* »²⁶⁹ qui sert de cause à la mesure. Une nouvelle catégorie, qu'il est possible de qualifier de mesures fondées sur l'appréciation « *d'une activité d'une personne* »²⁷⁰, est apparue dans la jurisprudence administrative. La décision la plus souvent évoquée comme origine de cette nouvelle branche des mesures prises en considération de la personne, est l'arrêt « Société des Établissements Cruse »²⁷¹ de 1980 relatif au déclassement d'un vin d'appellation²⁷². Ce

²⁶⁵ CE, 24 juin 1949, Nègre, *Rec.*, p. 304.

²⁶⁶ CE, 9 décembre 1955, Ministre des PTT c/ sieur Garysas, *Rec.*, p. 585 ; *RDP*, 1956, p. 330, note M. WALINE.

²⁶⁷ M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, 1951, p. 25.

²⁶⁸ Par ex. CE, sect., 8 janvier 1960, Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer et Faist (deux arrêts), *Rec.*, p. 12 ; *RDP*, 1960, p. 334, conclusions G. BRAIBANT : interdiction d'exercer la profession d'agent d'affaire ; CE, 25 novembre 1994, Palem, *Rec.*, tables, p. 753 : refus de nommer un notaire à un office notarial.

²⁶⁹ S. DE SOTO, « Excès de pouvoir et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1953, p. 1068.

²⁷⁰ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, collection « droit public », 1991, p. 136.

²⁷¹ CE, sect., 9 mai 1980, Société des Établissements Cruse, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1980, p. 482, conclusions GENEVOIS ; *D.*, 1980, IR, p. 557, obs. P. DELVOLVÉ.

²⁷² D. Maillard Desgrées du Loû mentionne un arrêt antérieur de 1964 relatif à une dissolution d'une société en se fondant sur la gestion de ses représentants. D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 163. Voir CE, 24 avril 1964, société anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cusset-Bellerive, *Rec.*, p. 244.

n'est alors plus véritablement le comportement de la personne qui est en cause, mais sa « *situation personnelle* »²⁷³, selon l'expression utilisée par le commissaire du gouvernement B. Genevois dans ses conclusions. L'examen des contours de la notion de mesure prise en considération de la personne permet de définir le champ des mesures qui ne sont pas soumises au principe général des droits de la défense. Les mesures non prises en considération de la personne sont les décisions prises pour des motifs objectifs, qui n'ont « *pour motif aucun fait personnel* »²⁷⁴ et qui constituent « *la pure et simple application individuelle et automatique d'une disposition générale préexistante* »²⁷⁵. L'ensemble de ces mesures non couvertes par le principe général du droit recouvre une réalité large qui inclut de nombreuses décisions. Il est possible de citer notamment des décisions de réorganisation interne conduisant à priver un agent de ses prérogatives antérieures²⁷⁶, dès lors qu'elles sont prises, non pas en considération de la personne en cause, mais dans l'intérêt du service. Entre également dans ce cadre, les cas de rupture du lien avec l'administration, lorsque des agents publics se sont placés « *dans une situation inconciliable avec l'exercice de leurs fonctions, lorsque celles-ci comportent une participation au fonctionnement du service public* »²⁷⁷, ce qui est le cas d'un abandon de poste²⁷⁸. Le juge administratif y intégrait également le cas des agents en grève²⁷⁹ ou incitant à faire grève²⁸⁰. Mais la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève en 1946 a obligé le juge administratif à opérer un revirement de jurisprudence²⁸¹. La notion de mesures non prises en considération de la personne inclut également les décisions de retrait d'actes créateurs de droit pour motif de légalité²⁸². L'absence de consultation de la personne intéressée se justifie ici par le fait qu'il n'y a aucune défense à émettre, puisque ce n'est pas le comportement de la personne intéressée qui est en cause. Or, dans de telles hypothèses, d'éventuelles erreurs pourraient avoir de graves incidences sur la carrière²⁸³, l'activité professionnelle ou le patrimoine²⁸⁴ de l'intéressé. Prenant en compte cette situation, le champ d'application a évolué.

²⁷³ B. GENEVOIS, conclusions sur CE, sect., 9 mai 1980, Société des Établissements Cruse, *AJDA*, 1980, p. 482.

²⁷⁴ CE, ass., 20 février 1953, dame Cozic-Savoure, *Rec.*, p. 86.

²⁷⁵ M. GUIONIN, conclusions sur CE, 20 janvier 1956, Nègre, *D.*, 1957, p. 319.

²⁷⁶ CE, 20 novembre 1989, Centre hospitalier régional d'Orléans, *DA*, 1990, n° 34.

²⁷⁷ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 63.

²⁷⁸ CE, 9 mars 1966, Labeille, *Rec.*, p. 196.

²⁷⁹ CE, 22 octobre 1937, demoiselle Mimaire, *Rec.*, p. 843, conclusions LAGRANGE.

²⁸⁰ CE, 18 avril 1947, Jarnigon, *Rec.*, p. 148.

²⁸¹ CE, 8 février 1952, Pagneux et autres, *Rec.*, p. 93.

²⁸² CE, ass., 20 février 1953, dame Cozic-Savoure, *Rec.*, p. 86 ; CE, 28 janvier 1991, Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Mlle Lopez, *Rec.*, tables, p. 672 ; *DA*, 1991, n° 143.

²⁸³ S. DE SOTO, « Excès de pouvoir et responsabilité de la puissance publique », *op. cit.*, p. 1068.

²⁸⁴ G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 126.

Dans le cadre du principe général du droit, une réponse a été trouvée dans un ultime élargissement du domaine *ratione materiae* de ce principe jurisprudentiel.

46. La dernière catégorie de mesure visée par le principe général des droits est issue de la jurisprudence « Société anonyme Ferme de Rumont »²⁸⁵ de 2001. Le Conseil d'État juge que « *lorsque des dispositions législatives ou réglementaires prévoient qu'un prélèvement est assis sur la base d'éléments qui doivent être déclarés par le redevable, l'administration ne peut établir ce prélèvement en retenant d'autres éléments que ceux ressortissant d'une telle déclaration qu'après avoir, conformément au principe général des droits de la défense, mis l'intéressé à même de présenter ses observations* ». Le juge administratif était confronté dans cette affaire à un état exécutoire de recouvrement émis par le directeur de l'Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers (ONILAIT) à l'encontre de la société anonyme Ferme de Rumont au titre d'un dépassement du quotas laitiers. L'administration s'appuyait sur des éléments non mentionnés dans la déclaration de quotas transmise par la société. Cette dernière a contesté la décision pour manquement aux droits de la défense, n'ayant pas été invitée à présenter ses observations préalablement. Dans ses conclusions sous l'arrêt « Société Ferme de Rumont », le commissaire du gouvernement F. Séners affirmait que la décision ne pouvait pas être qualifiée de mesure prise en considération de la personne ; interprétation suivie par le juge, qui n'a pas employée cette expression. Or, puisqu'il s'agit en l'espèce de prendre en compte l'activité de la société, le juge aurait tout à fait pu s'inscrire dans le cadre de sa jurisprudence « Société des Etablissements Cruse » de 1980 relatif aux déclassements d'un vin²⁸⁶. Le juge a préféré opter pour une solution inédite visant à élargir le principe général du droit à une nouvelle catégorie de décisions administratives individuelles défavorables. Dans ses conclusions, F. Séners proposait deux fondements différents à cet élargissement. Le principal fondement proposé par le commissaire du gouvernement repose sur une logique « *finaliste* »²⁸⁷ consistant à faire reposer le critère d'application des droits de la défense non plus uniquement sur la nature de la mesure qui, « *lorsqu'il s'agit d'appréhender des cas particuliers, originaux ou atypiques, (...) impose des contorsions délicates* »²⁸⁸, mais sur « *l'intérêt concret que*

²⁸⁵ CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *Rec.*, p. 138 ; *RFDA*, 2002, p. 46, conclusions F. SENERS.

²⁸⁶ CE, sect., 9 mai 1980, Société des Établissements Cruse, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1980, p. 482, conclusions GENEVOIS ; *D.*, 1980, IR, p. 557, obs. P. DELVOLVVÉ.

²⁸⁷ F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *RFDA*, 2002, p. 46. et s.

²⁸⁸ *Idem.*

représente pour la prise de décision la défense de l'intéressé »²⁸⁹ en termes d'informations utiles pour l'administration à l'appréciation des éléments de fait. Certainement trop innovante au regard d'une jurisprudence faisant de la nature de la mesure le critère premier de l'application des droits de la défense, le juge a retenu la seconde proposition émises par F. Séners qui s'avère plus en phase avec la jurisprudence classique. Il s'agit tout simplement de considérer, en cas de contestation de déclaration, que « *la personne qui est restée totalement à l'écart de la détermination du prélèvement doit pouvoir être entendue avant l'émission de l'état exécutoire* »²⁹⁰. Pouvant apparaître comme une solution très ponctuelle, cette solution se rapproche du cadre existant en matière de procédure contradictoire de rectification fiscale²⁹¹. Aussi, la notion de décision prise « *en retenant d'autres éléments que ceux ressortissant d'une (...) déclaration* » de la jurisprudence « Société Ferme de Rumont » n'est pas, comme l'affirmait F. Séners, sans rappeler celle de décision « *qui repose sur des éléments ne figurant pas dans la demande* », que l'on retrouve dans le cadre de la jurisprudence relative à la délimitation des mesures prises sur demande, constituant l'une des exceptions au principe général du droit.

b) Les exceptions à l'application du principe général du droit

47. Le régime des exceptions aux droits de la défense est pluriel. Il recoupe trois grandes hypothèses, les mesures prises sur demande, les situations d'urgence et les mesures de police. Selon J.-M. Auby et R. Drago, cela conduit à exclure les mesures « *à propos [desquelles] l'audition de l'intéressé n'aurait aucune incidence* »²⁹². Cependant, eu égard à l'un des intérêts du principe selon lequel il vise à réduire les erreurs de fait préjudiciables aux administrés²⁹³, l'étude de ces exceptions démontre qu'il n'est pas toujours opportun de leur conférer une portée trop absolue. L'audition de l'intéressé peut s'avérer pertinente dans certains cas.

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ Voir *infra*, n° 58.

²⁹² J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, *op. cit.*, p. 330.

²⁹³ Voir *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

48. La première exception ne pose pas véritablement de problème : il s'agit des mesures prises sur demande. En effet, dans le cadre du principe général du droit, il est prévu qu'en cas de décision prise sur demande, les droits de la défense ne s'appliquent pas. Outre la volonté de ne pas trop entraver l'action administrative, la raison justifiant cette exception se trouve dans le souhait de « *protéger les administrés contre les décisions administratives défavorables intervenant sans que l'intéressé puisse s'y attendre* »²⁹⁴, d'éviter qu'il soit pris au dépourvu²⁹⁵. Les droits de la défense ne sont donc pas nécessaires lorsque l'intéressé formule lui-même une demande. Le juge administratif affirme dans ce cas que l'intéressé se trouve « *à même de formuler toutes les observations à l'appui de cette demande* »²⁹⁶. Cette jurisprudence contribue ainsi à responsabiliser l'administré lorsqu'il présente une demande²⁹⁷. La jurisprudence ne dit pas que le droit d'émettre ses observations n'a pas lieu d'être, elle dit simplement que l'administré doit émettre ses observations de lui-même, avant même d'avoir été informé préalablement des motifs de la décision défavorable. Toutefois, la doctrine a démontré les difficultés auxquelles pouvait être confronté l'intéressé face à cette inversion des modalités d'application de la procédure contradictoire. Lors du dépôt d'une demande, « *l'administré ne connaît pas nécessairement à ce moment les motifs de droit ou de fait qui pourront justifier un refus* »²⁹⁸. La problématique reste la même en cas de décision prise dans un sens opposé ou restrictif²⁹⁹. Selon M. Fromont, « *quand il a rédigé sa demande, il n'a pas pu réfuter les objections que lui fera l'administration* »³⁰⁰. N'est ici pas transposée en procédure administrative non contentieuse l'une des conséquences attachées aux droits de la défense en matière pénale, à savoir le droit pour la partie défenderesse à la parole en dernier³⁰¹. Cette critique a trouvé une réponse dans le cadre de la jurisprudence « *Palem* » du 24 novembre 1994 qui instaure un tempérament à l'exception des mesures prises sur demande. L'intéressé dispose du droit d'émettre ses observations, et partant d'un droit à la parole en dernier, si le refus de sa demande est fondé sur des éléments autres que ceux mentionnés dans sa demande. Dans cette jurisprudence, le Conseil d'État considère que « *la décision contestée du garde des sceaux,*

²⁹⁴ J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 125.

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ CE, 25 novembre 1994, Association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek, *Rec.*, p. 509.

²⁹⁷ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers, op. cit.*, p. 193.

²⁹⁸ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, op. cit.*, p. 46.

²⁹⁹ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13 s.

³⁰⁰ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 217.

³⁰¹ Article 346 du code de procédure pénale : « *Une fois l'instruction à l'audience terminée la partie civile ou son avocat est entendu. Le ministère public prend ses réquisitions. L'accusé et son avocat présentent leur défense. La réplique est permise à la partie civile et au ministère public, mais l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers* ».

ministre de la justice, en date du 17 février 1989 rejette la demande de M. Palem tendant à être nommé notaire à l'office de Piegut-Pluviers ; que si cette décision fait suite à une demande de M. Palem., elle est fondée sur des motifs tenant aux difficultés relationnelles qu'il aurait rencontrées et qui le rendraient inapte à l'exercice de la profession de notaire, dont la demande ne faisait pas état et qui, étant liées à la considération de la personne de M. Palem, ne pouvaient lui être opposés, pour l'écarter de l'exercice de la profession dont s'agit, qu'après qu'il ait été mis en mesure de présenter ses observations sur les griefs qui lui étaient ainsi reprochés ». La haute juridiction administrative s'avère ici attentive à cette philosophie générale selon laquelle la personne intéressée ne doit pas être prise au dépourvu par la décision. Cette notion de décision « qui repose sur des éléments ne figurant pas dans la demande »³⁰² se rapproche fortement de celle de décision prise « en retenant d'autres éléments que ceux ressortissant d'une (...) déclaration » au sein de la jurisprudence « Société Ferme de Rumont », comme l'affirmait F. Séners³⁰³. D'apparence ponctuelle, la jurisprudence « Société Ferme de Rumont » semble constituer une forme de prolongement de l'esprit de cette jurisprudence « Palem » appliquée aux décisions reposant sur des éléments autres que ceux figurant dans une déclaration, même non prise en considération de la personne.

49. La deuxième exception ne pose pas de difficulté particulière. Il s'agit des hypothèses d'urgence, qui ont notamment trouvé application en matière de procédures de classement d'œuvres d'art pour menace imminente d'exportation³⁰⁴. Cette exception est tout à fait pertinente, car, comme toute procédure administrative non contentieuse, les droits de la défense n'ont pas vocation à empêcher l'administration de répondre à l'impératif d'agir vite. Cependant, l'étude de systèmes juridiques étrangers montre que l'urgence n'est pas nécessairement exclusive des droits de la défense ; elle ne le serait que de manière contingente. En effet, M. Stassinopoulos estime que l'urgence, si elle nécessite l'exclusion de la mise en œuvre d'une audition *a priori*, devrait conduire à une obligation de procéder ultérieurement à une audition *a posteriori* dans les plus brefs délais, pour l'édiction d'un nouvel acte abrogeant ou confirmant

³⁰² Cette expression a été ainsi employée notamment dans CAA Nancy, 20 juin 2011, n° 10NC00981, Préfet du Bas-Rhin c/ M. R., *AJDA*, 2011, p. 2197.

³⁰³ F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *op. cit.*, p. 46.

³⁰⁴ CE, 24 janvier 1990, Amon, *AJDA*, 1990, p. 420, conclusions M. DE SAINT PULGENT.

la première mesure de caractère temporaire³⁰⁵. Alors que le droit allemand prévoit une telle hypothèse³⁰⁶, rien de tel n'existe en droit français.

50. La troisième exception est plus critiquable. Elle tient à la nature de la mesure. Le principe général des droits de la défense ne s'applique en effet pas lorsque l'administration prend une mesure de police visant à prévenir un trouble à l'ordre public ou à le rétablir. Cette exclusion apparaît rapidement dans la jurisprudence relative au principe général du droit. Dans l'arrêt « Dame Hubert et Crépelle »³⁰⁷ de 1946, à propos de la fermeture d'un débit de boisson pour motif d'ordre public, le Conseil d'État se prononce ainsi : « *considérants d'autre part, que l'arrêté attaqué a présenté le caractère d'une mesure de police édictée afin de préserver l'ordre, la santé et la moralité publics ; qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prescrivant à l'autorité administrative de provoquer les observations des intéressées (...) les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'arrêté n'aurait dû être pris qu'après qu'elles auraient été mises à même de présenter leurs moyens de défense* ». À cette date, la question ne se posait pas encore de savoir s'il s'agissait véritablement d'une exception à l'application des droits de la défense. En effet, en reconnaissant l'existence d'une mesure de police, de nature préventive, le juge dénie implicitement à la mesure la qualité de sanction administrative, de nature répressive³⁰⁸. Et s'il n'y avait pas sanction administrative, le

³⁰⁵ M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, op. cit., p. 84-86.

³⁰⁶ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e édition, 2009, p. 1325.

³⁰⁷ CE, 11 décembre 1946, dame Hubert et Crépelle, *Rec.*, p. 300. Pour une application récente, voir CE, 15 février 2016, n° 389140, Association French Data Network, *D.*, IP/IT, 2016, p. 313, obs. O. HENRARD, à propos du blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique.

³⁰⁸ Si la qualification d'une mesure de police exclut celle de sanction administrative, la doctrine ne s'accorde pas à propos du sens à donner à cette affirmation.

Il est généralement admis que le mobile répressif des sanctions administratives n'est pas exclusif d'un autre mobile, notamment la volonté de maintenir l'ordre public, ce qui explique que les sanctions soient de nature « essentiellement » répressive. G. BRAIBANT, conclusions sur CE, sect., 8 janvier 1960, Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer, *RDP*, 1960, p. 334. Comme l'affirme G. Morange, sauf habilitation spéciale d'un texte, l'administrateur actif « *ne peut être légalement animé par la seule volonté de punir* ». Il doit se fonder sur l'intérêt général, tout comme dans le cadre de l'édition d'une mesure de police. Il n'y a « *entre elles, aucune différence de nature* ». G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », op. cit., p. 125. La nature de sanction ne serait pas exclusive que la qualification de mesure de police. En conséquence, comme l'énoncent

J.-M. Aubry et R. Drago, il « *est avéré, en tout cas, que dans toutes les hypothèses où l'on est en présence d'une sanction administrative, il y a obligatoirement lieu à procédure contradictoire* » J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, op. cit., p. 329.

C'est la question de la délimitation avec les mesures de police qui soulève une divergence doctrinale. Pour R. Odent, si beaucoup de mesures de police n'ont aucune « *arrière-pensée répressive* », d'autres sont « *moins manifestement exclusives de tout aspect répressif* ». Selon lui, dans ce cas, la jurisprudence retient le caractère préventif comme principal et l'élément répressif comme trop accessoire pour rejeter la qualification de sanction et, partant, l'application des droits de la défense. Si l'élément répressif est prépondérant, il retient la qualification

principe général des droits de la défense ne s'appliquait pas à cette époque. Il ne pouvait donc pas véritablement y avoir d'exception à l'application du principe. Mais, en renouvelant cette jurisprudence une fois reconnue la notion de mesures prises en considération de la personne³⁰⁹, la question est apparue. Il est possible de voir dans les mesures de police tout aussi bien des mesures prises pour motif objectif, la prévention de l'ordre public, que des mesures prises en considération de la personne, lorsqu'elles sont « *décidées en considération des personnes auxquelles elles s'adressent (ou de leur activité)* »³¹⁰. Dans le premier cas, les mesures de police ne sont pas considérées comme une exception à l'application des droits de la défense, alors que dans le second elles le sont. Hormis ce problème théorique quant à la qualification des mesures de police, la critique doit ici surtout porter sur les fondements de l'exclusion des droits de la défense. La doctrine conteste le fait que, par nature, une mesure de police doit être exemptée de l'application du principe. Certes, J.-M. Auby et R. Drago ont pu affirmer que « *l'audition de l'intéressé nuit (...)* à la nécessité de rapidité de la décision »³¹¹. Or, les mesures de police sont distinctes de la notion d'urgence, qui peut, elle, tout à fait légitimer une exception à l'application du principe. Comme l'énonce D. Maillard Desgrées du Loû, « *certaines décisions laissent à penser que les nécessités de l'ordre public – qui ne sont pas toujours à apprécier en fonction de l'urgence – permettent de s'affranchir [du principe] alors même qu'un long délai aurait pu être mis à profit pour en respecter les dispositions* »³¹². Et, puisque « *la police est susceptible d'apporter aux intérêts individuels les lésions les plus graves* »³¹³, rien ne justifie

de sanction. R. ODENT, « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas, réflexion sur une évolution de jurisprudence », *EDCE*, 1962, p. 46. A. Lefas s'inscrit dans cette lignée lorsqu'il considère que le juge écarte l'application du principe s'il est confronté à une mesure de police, sauf si se cache derrière elle une mesure de sanction véritable. A. LEFAS, « Essai de comparaison entre le concept de "*natural justice*" en droit administratif anglo-saxon et les "*principes généraux du droit*" ainsi que les "*règles générales de procédures*" en droit administratif français », *op. cit.*, p. 759. Or, pour G. Isaac, l'affirmation de R. Odent s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence révolue (CE, 11 décembre 1946, dames Hubert et Crepelle, *Rec.*, p. 300 ; CE, 30 janvier 1948, sieur Ablon, *Rec.*, p. 52). Selon lui, par un revirement de jurisprudence (CE, 4 mai 1962, dame Ruard, *Rec.*, p. 296, *RDP*, 1962, p. 1229), le juge administratif n'exclut désormais les droits de la défense que face à des mesures de police exclusives, dont le seul but est de protéger l'ordre public. G. ISAAC, La procédure administrative non contentieuse, *op. cit.*, p. 392. Voir aussi X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « concentrations : affaires Canal plus, décodage », commentaire sous CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, Société Groupe Canal Plus, *AJDA*, 2013, p. 215, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU.

³⁰⁹ CE, sect., 8 janvier 1960, Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer et Faist (deux arrêts), *Rec.*, p. 12 ; *RDP*, 1960, p. 334, conclusions G. BRAIBANT. Pour une application récente, voir CE, 15 févr. 2016, n° 389140, Association French Data Network, *D.*, IP/IT, 2016, p. 313, obs. O. HENRARD, à propos de blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique.

³¹⁰ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 171.

³¹¹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, *op. cit.*, p. 330.

³¹² D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 176.

³¹³ G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 125.

l'exclusion des droits de la défense, sauf l'urgence ou les circonstances exceptionnelles³¹⁴. Afin de répondre à cette insuffisance, le champ d'application de la procédure contradictoire a été élargi aux mesures de police dans le cadre d'une source textuelle du principe.

2) *L'approfondissement des sources textuelles du principe*

51. Afin de compenser les insuffisances du principe général du droit, essentiellement au regard des mesures prises pour des motifs objectifs et des mesures de police, de nouvelles catégories de décisions ont été soumises à l'exigence de contradiction d'abord dans le cadre de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers³¹⁵, puis de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA)³¹⁶ (a). Depuis l'ordonnance du 23 octobre 2015³¹⁷, les dispositions relatives à la procédure contradictoire sont désormais codifiées aux articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration (b), dont la portée reste toutefois relative car le principe général du droit semble encore trouver à s'appliquer malgré l'ambition affichée.

a) La procédure contradictoire régie par les anciens articles 8 du décret du 28 novembre 1983 et 24 de la loi du 12 avril 2000

52. Par l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, applicable aux organismes relevant de l'État puis par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA)³¹⁸, applicable à toutes les administrations, le domaine de la procédure

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JO*, 3 décembre 1983, p. 3492.

³¹⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646.

³¹⁷ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte n° 2.

³¹⁸ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646.

contradictoire a ainsi été élargi aux décisions individuelles défavorables soumises à l'exigence de motivation en vertu de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public³¹⁹. En vertu de l'article 1^{er}, aujourd'hui codifié à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration, sont concernées les décisions administratives individuelles défavorables dont la liste est limitativement fixée³²⁰.

Toutefois, toutes les décisions mentionnées ne sont pas soumises à l'exigence de respect d'une procédure contradictoire. Compte tenu de l'exception à l'application de l'exigence lorsqu'une décision est prise sur demande, une majorité de décisions doit être exclue puisqu'elle suppose justement une demande de l'intéressé³²¹. Sont donc exclues par nature, sauf si elles prennent le caractère de sanction, les décisions qui « (...) *subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives (...)* ; *opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance* ; *refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir* ; *refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de les dispositions du a au f du 2° de l'article L. 311-5* [reprenant les dispositions de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public] ; *rejetent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire* »³²².

³¹⁹ 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, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711 ; modifiée par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 dite de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO*, n° 0121, 25 mai 2011, p. 8993.

³²⁰ Avant l'adoption du code des relations entre le public et l'administration, qui l'a fait logiquement disparaître du champ d'application de la contradiction, la seconde catégorie de décisions était celle visée à l'article 2 de la loi du 11 juillet 1979, c'est-à-dire « *les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement* ». Puisqu'il ne s'agissait pas de décisions individuelles défavorables, elles étaient immédiatement exclues du champ d'application.

³²¹ J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *op. cit.*, p. 125.

³²² De manière générale, cette exception est également applicable à l'ensemble des recours administratifs préalables. Si une mesure initiale respecte l'exigence de contradiction, il n'y a pas lieu de les appliquer lors d'un éventuel recours administratif formé par la personne intéressée : CE, 26 mars 1958, Toledo, *Rec.*, p. 200 pour le principe général du droit ; TA de Lyon, 5 octobre 1989, Mme Bekkai c/ Préfet du Rhône, *Rec.*, tables, p. 449 pour le décret du 28 novembre 1983. Cependant si la mesure initiale ne respecte l'exigence, la jurisprudence autorise certes la régularisation *a posteriori* lors du recours administratif, mais la rend surtout obligatoire. CE, sect., 16 mai 1958, Société de courtage et d'affrètement fluvial, *Rec.*, p. 276 ; CE, sect., 9 mai 1980, Société des Établissements Cruse, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1980, p. 482, conclusions GENEVOIS ; *D.*, 1980, IR, p. 557, obs. P. DELVOLVÉ : pour le principe général du droit ; CE, 22 novembre 1995, Ollier, *Rec.*, tables, p. 627 : pour le décret du 28 novembre 1983.

Seules demeurent donc incluses dans le champ de la procédure contradictoire les décisions qui « *restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; infligent une sanction ; (...) imposent des sujétions*³²³ ; (...) *retirent ou abrogent une décision créatrice de droits (...)* ». La source textuelle de la procédure contradictoire apporte ici une véritable valeur ajoutée par rapport au principe général des droits de la défense. En effet, l'administré peut revendiquer le droit d'émettre ses observations préalablement à l'adoption de décisions qualifiées de mesures prises pour motifs objectifs dans le cadre du principe général du droit, donc non soumises à cette exigence jurisprudentielle. Il en est ainsi des retraits pour motif de légalité, qui n'ouvraient pas droit de présenter ses observations, n'étant ni des sanctions, ni des mesures prises en considération de la personne. Les mesures de police sont elles aussi intégrées dans le domaine d'application du principe, alors qu'elles constituent une exception à l'application du principe général du droit. En réintégrant dans le champ d'application de la procédure contradictoire les mesures de police et les décisions de retrait ou d'abrogation d'une décision créatrice de droits, le pouvoir réglementaire en 1983, puis le législateur entre 2000 ont tenu à répondre aux critiques formulées à l'encontre des insuffisances du principe général des droits de la défense.

Même si ces cas recouvraient jusqu'alors une réalité large, B. Delaunay avait relevé que ce champ d'application matériel était moins large que le projet initial de la loi du 12 avril 2000 qui mentionnait l'ensemble des « *décisions individuelles qui doivent être motivées* »³²⁴, sans les limiter à la loi du 11 juillet 1979. Malgré son caractère moins ambitieux, il faut tout de même noter que le champ d'application retenu fait l'objet d'une interprétation « *extensive* »³²⁵ de la part du juge, qui reconnaît que l'application du principe recouvre « *les décisions dont la motivation est prévue par un texte particulier, dès lors que, à défaut de ce texte, les décisions*

³²³ Les décisions en répétition de l'indu illustrent cette catégorie. Par exemple, il a été jugé qu'entre dans cette catégorie les décisions de restitution d'un trop-perçu d'une prestation sociale prononcée à l'encontre d'un bénéficiaire. CE, avis contentieux n° 368174, 16 octobre 2013, M. et Mme Baillemon, *JO*, n° 0245, 20 octobre 2013, p. 17282 ; *DA*, 2014, comm. 9, commentaire G. ÉVEILLARD. Comme le rappelle G. Éveillard dans son commentaire, ces décisions « *procèdent également au retrait d'une décision créatrice de droits (ce que sont toutes les décisions attribuant un avantage financier)* » ; CE, sect., 6 novembre 2002, n° 223041, Soulier, *Rec.*, 2002, p. 369 ; *AJDA*, 2002, p. 1434, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *RFDA*, 2003, p. 225, conclusions S. AUSTRY, note P. DELVOLVÉ.

³²⁴ B. DELAUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *RDP*, 2000, n° 4, p. 1226.

³²⁵ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 44.

rentreraient dans le champ d'application de la loi de 1979 »³²⁶. Cette jurisprudence a été fixée, à propos du décret de 1983, dans l'arrêt du Conseil d'État « Mme Bodin »³²⁷ de 1990.

Comme pour le principe général du droit, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 a institué une série d'exceptions, au nombre de quatre. D'abord, nous l'avons vu, la procédure contradictoire ne s'applique pas aux décisions prises sur demande. Elle ne s'applique ensuite pas « *en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles* ». Comme pour le principe général du droit, ces deux notions fondent l'action de l'administration lorsqu'elle doit prendre une mesure rapidement que ce soit en période normale (l'urgence) ou en période anormale (les circonstances exceptionnelles). En outre, il est prévu que la procédure ne s'applique pas « *lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales* ». Ces deux hypothèses se veulent plus restrictives que la notion de mesures de police évoquées dans le cadre du principe général des droits de la défense. Si B. Delaunay qualifie cette exception de « *dangereuse* »³²⁸, elle remarque que le juge ne l'applique pas de manière extensive, notamment lorsqu'il refuse d'en faire application vis-à-vis d'un décret de dissolution d'un mouvement d'extrême droite en application de la loi du 10 janvier 1936³²⁹ sur les groupes de combat et milices armées³³⁰. Enfin, nous le verrons plus loin, l'article 24 ne s'applique pas aux « *décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière* ».

53. Jusqu'au 1^{er} janvier 2016, il était certain que la procédure contradictoire de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 et le principe général des droits de la défense avaient une existence parallèle. Certes, lorsque leurs champs d'application convergeaient, la source textuelle du principe se substituait au principe général du droit qui n'avait plus lieu de s'appliquer face à la primauté de la loi. Si cet énoncé était logique vis-à-vis de la loi du 12 avril 2000, en raison de sa valeur législative supérieure aux principes généraux du droit, il avait déjà été reconnu vis-à-

³²⁶ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 171.

³²⁷ CE, 19 janvier 1990, Mme Bodin, *Rec.*, tables, p. 533 ; *AJDA*, 1990, p. 93, chron. HONORAT et BAPTISTE. Pour une plus application récente au cas des arrêtés interruptifs de travaux devant être motivés en application des dispositions générales de la loi du 11 juillet 1979 et des dispositions spéciales de l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme. CE, 10 mars 2010, n° 324076, M. et Mme Thévenet, *AJDA*, 2010, p. 527 et 1217, note D. MIRANDA.

³²⁸ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 46.

³²⁹ Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées, *JO*, 12 janvier 1936, p. 522 ; modifiée par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, *JO*, n° 0062, 13 mars 2012, p. 4533.

³³⁰ CE, 26 juin 1987, Fédération d'action nationale et européenne c/ Min. de l'Intérieur, *Rec.*, p. 234, *AJDA*, 1987, p. 679, obs. X. PRÉTOT ; *LPA*, 31 juillet 1987, p. 23, note PACTEAU.

vis du décret du 28 novembre 1983. Malgré sa valeur réglementaire, la jurisprudence avait consacré son application même si la décision se trouvait être soumise par ailleurs aux droits de la défense en vertu du principe général du droit³³¹. Mais cette priorité ne pouvait pas emporter remplacement pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les champs d'application *ratione personae* n'étaient pas les mêmes. Dans le cadre de la loi du 12 avril 2000, le principe était limité aux administrés, ce qui excluait les agents publics³³² ; limitation que n'opère pas le principe général du droit. En outre, le principe jurisprudentiel s'applique à toutes les décisions administratives, alors que la loi DCRA s'imposait aux décisions des autorités administratives au sens de la loi, à savoir « *les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif* »³³³, excluant de ce fait les décisions administratives prises dans le cadre d'une mission de service public industriel et commercial³³⁴.

En deuxième lieu, même s'il n'existe pas de jurisprudence illustrant pareille hypothèse, il n'était pas certain que l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 absorbait nécessairement toutes les mesures prises en considération de la personne d'un administré et il est surtout acquis qu'elle ne visait pas les contestations de déclaration issues de la jurisprudence « Société Ferme de Rumont ». Cela démontre ici une distinction quant aux champs d'application matériels de l'exigence.

En troisième lieu, le juge a pu reconnaître que les droits de la défense jurisprudentiels pouvaient s'appliquer³³⁵ alors que la procédure prévue à l'article 24. Nous avons vu qu'en présence d'une mesure prise sur demande, la procédure contradictoire textuelle ne s'appliquait pas. De la formulation retenue, il résulte une exception qui ne souffre pas de tempérament. Sauf disposition particulière, dès lors que l'administration prend une mesure en réponse à une demande, il n'y a pas lieu à mise en œuvre d'une procédure contradictoire. Or, dans le cadre du principe général du droit, cette exception est relativisée au regard du fait que l'intéressé dispose du droit d'émettre ses observations si le refus de sa demande est fondé sur des éléments autres

³³¹ CE, 4 juin 1997, Société Cap Île-de-France, *Rec.*, p. 203 ; *RFDA*, 1997, p. 899.

³³² Article 4 du décret du 28 novembre 1983 et article 18 de la loi du 12 avril 2000.

³³³ Article 1^{er} de la loi du 12 avril 2000.

³³⁴ CE, 30 déc. 2013, n° 354587, Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire c/ Société Laurenti, *Rec.*, p. 357 ; CE, 18 juin 2010, n° 338344, Canal +, *Rec.*, tables, p. 948.

³³⁵ Par exemple : CAA Nancy, 20 juin 2011, n° 10NC00981, Préfet du Bas-Rhin c/ M. R., *AJDA*, 2011, p. 2197.

que ceux mentionnés dans sa demande³³⁶. La dualité du régime de cette exception a permis l'application des droits de la défense prétoriens, alors que l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 n'était pas applicable en raison du caractère absolu de l'exception. Une jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nancy³³⁷ rendue en 2011 illustre cette hypothèse. Dans cette espèce, un préfet oppose un refus à une demande d'autorisation de suivre une formation professionnelle pour devenir agent privé de sécurité en se fondant sur des motifs tenant aux actes de violence commis par ce dernier sur la personne de son ex-compagne qui lui interdiraient l'exercice d'une activité d'agent de sécurité. Pour le juge d'appel, cette décision de refus « *qui repose sur des éléments ne figurant pas dans la demande, implique une appréciation de la situation personnelle de M. R. et ne pouvait lui être opposée qu'après qu'il ait été mis en mesure de présenter des observations conformément au principe général des droits de la défense ; que par suite le préfet (...) ne peut pas utilement faire valoir que la procédure suivie était conforme à l'article 24 [de la loi du 12 avril 2000]* ». Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 29 septembre 2015³³⁸ qui, dans une situation similaire, affirme que : « *il ressort des pièces du dossier que (...) le préfet de la Vienne a refusé d'accorder à M. C...l'autorisation qu'il avait sollicitée pour suivre une formation permettant d'acquérir l'aptitude professionnelle de chef d'équipe privé de protection de personnes au motif que ce dernier avait commis des actes de violence lui interdisant l'exercice de l'activité d'agent de sécurité. Ces motifs, qui reposent sur des éléments ne figurant pas dans la demande, impliquaient une appréciation de la situation personnelle de M. C... et ne pouvaient dès lors lui être opposés qu'après qu'il ait été mis en mesure de présenter des observations conformément au principe général des droits de la défense. Par suite, le préfet de la Vienne ne peut pas utilement faire valoir que la procédure suivie était conforme à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 précitée* ».

Au regard de ces éléments qui perdurent pour l'essentiel, cette question du maintien du principe général des droits de la défense reste posée dans le cadre de l'ordonnance du 23 octobre 2015, quand bien même elle ambitionne pourtant de le codifier au sein du code des relations entre le public et l'administration.

³³⁶ CE, 25 novembre 1994, Palem, *Rec.*, p. 753.

³³⁷ CAA Nancy, 20 juin 2011, n° 10NC00981, Préfet du Bas-Rhin c/ M. R., *AJDA*, 2011, p. 2197.

³³⁸ CAA Bordeaux, 3^e chambre, 29 septembre 2015, n° 14BX00475.

b) *La codification de la procédure contradictoire par les articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.*

54. Depuis l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015³³⁹, le « *droit de présenter des observations avant l'intervention de certaines décisions* » fait l'objet du titre II du Livre Ier du code des relations entre le public et l'administration et plus spécifiquement de ses articles L. 120-1 et suivants. L'article L. 121-1 dispose que « *exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable* ». Invitée par l'article 3 de la loi d'habilitation du 12 novembre 2013³⁴⁰ à codifier le droit positif, qu'il résulte du droit écrit ou de la jurisprudence, l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 ambitionne de codifier conjointement l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 et le principe général des droits de la défense.

55. Compte tenu de cette formulation applicable depuis le 1er janvier 2016, la situation de maintien parallèle du principe général des droits de la défense a été relativisée. Comme ce dernier, l'article L. 121-1 s'applique à l'ensemble des administrations, à savoir les organismes et personnes de droit public et privée chargés d'une mission de service public administratif comme industriel et commercial³⁴¹. Il n'y a dès lors plus de distinction quant au champ d'application organique. D'un point de vue matériel, les agents publics restent concernées par les mesures de sanctions et les mesures prises en considérations de la personne, comme l'indique explicitement l'article L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration, disposant que « *les dispositions de l'article L. 121-1, en tant qu'elles concernent les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de*

³³⁹ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

³⁴⁰ Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, *JO*, n° 0263, 13 novembre 2013, p. 18407.

³⁴¹ Articles L. 100-3 et L. 120-1 du code des relations entre le public et l'administration. Comme l'énoncent B. Bachini et P. Trouilly, « *un tel choix confirme l'ambition générale des auteurs du code de donner à ce texte la portée la plus large possible en regroupant, sous une forme accessible au plus grand nombre, toutes les règles essentielles applicables aux relations entre le public et l'administration, au sein desquelles le principe du contradictoire et les droits de la défense ne peuvent qu'occuper une place substantielle* ». B. BACHINI et P. TROUILLY, « Les procédures contradictoires dans le code des relations entre le public et l'administration : de la clarté dans la continuité », *RFDA*, 2016, p. 23.

l'article L. 211-2, ne sont pas applicables aux relations entre l'administration et ses agents ». En d'autres termes, les agents publics ne se voient pas accorder le bénéfice des apports issus des anciens articles 8 du décret du 28 novembre 1983 et 24 de la loi du 12 avril 2000, qui restent cantonnés aux administrés. Pour les citoyens, c'est-à-dire les administrés, le champ d'application vise désormais tant les décisions individuelles défavorables « *qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2* », c'est-à-dire celles anciennement visées à l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, que « *les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne* », relevant anciennement du principe général du droit.

Au regard de ce champ d'application organique et matériel, on pourrait donc penser qu'il n'existe plus de situation où le principe général continuerait de s'appliquer dans des hypothèses non régies par la source textuelle de l'exigence. Le Conseil d'État a semblé l'affirmer implicitement en considérant que « *s'agissant des mesures à caractère de sanction, le respect du principe général des droits de la défense suppose que la personne concernée soit informée, avec une précision suffisante et dans un délai raisonnable avant le prononcé de la sanction, des griefs formulés à son encontre et puisse avoir accès aux pièces au vu desquelles les manquements ont été retenus, à tout le moins lorsqu'elle en fait la demande ; que d'ailleurs, l'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, précise désormais que les sanctions "n'interviennent qu'après que la personne en cause a été informée des griefs formulés à son encontre et a été mise à même de demander la communication du dossier la concernant" »³⁴². En employant le vocable « *désormais* », le juge administratif sous-entend que les articles L. 120-1 et suivants se substituent au principe général du droit qui ne devait plus trouver à s'appliquer au 1^{er} janvier 2016.*

56. Or, cette situation n'a pas nécessairement vocation s'appliquer de façon absolue. Plusieurs situations impliquent toujours le maintien d'une application parallèle du principe général des droits de la défense.

Le juge administratif a eu l'occasion de rappeler de nouveau le principe général des droits de la défense vis-à-vis d'un avertissement prononcé à l'encontre d'un magistrat en date du 10 février 2016, c'est-à-dire postérieurement au 1^{er} janvier 2016. Dans un arrêt du 21 juin

³⁴² CE, 29 juin 2016, n° 398398, EURL DLM Sécurité.

2017³⁴³, le Conseil d'État considère « *qu'un avertissement, s'il ne constitue pas une sanction disciplinaire au sens de l'article 45 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, est une mesure prise en considération de la personne et est mentionné au dossier du magistrat dont il ne peut être effacé automatiquement que si aucun nouvel avertissement ou aucune sanction disciplinaire n'est intervenue pendant les trois années suivantes ; que l'avertissement doit, dès lors, respecter les droits de la défense, qui imposent aux autorités mentionnées à l'article 44 de la même ordonnance d'aviser, dans un délai raisonnable, l'agent concerné de la mesure qu'elle s'apprête à prendre et de lui communiquer, s'il le demande, son dossier (...)* ». À défaut de dispositions particulières de l'ordonnance du 22 décembre 1958 organisant une procédure contradictoire préalable à un avertissement prononcé contre un magistrat, le juge administratif fait le choix de se fonder sur le principe général des droits de la défense et non sur les dispositions du code des relations entre le public et l'administration, dès lors non applicable aux magistrats. Cette jurisprudence est toutefois aujourd'hui révolue. Alors qu'une procédure contradictoire était spécialement organisée vis-à-vis des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des magistrats³⁴⁴, la loi organique du 8 août 2016³⁴⁵ a rapidement modifié l'article 44 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui dispose désormais dans son alinéa 2 que « *le magistrat à l'encontre duquel il est envisagé de délivrer un avertissement est convoqué à un entretien préalable. Dès sa convocation à cet entretien, le magistrat a droit à la communication de son dossier et des pièces justifiant la mise en œuvre de cette procédure. Il est informé de son droit de se faire assister de la personne de son choix* ». Mais cette jurisprudence démontre, s'il en était besoin, que le juge administratif ne compte pas abandonner le principe général du droit dans des situations de carence ponctuelle des dispositions législatives régissant des agents publics soumis à statut particulier.

Une autre hypothèse implique le maintien parallèle du principe général des droits de la défense vis-à-vis cette fois-ci des administrés. Si l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration ambitionne de le codifier en visant les mesures prises en considération de la personne, il est une jurisprudence particulière qui n'a toujours pas été codifiée : il s'agit de la jurisprudence « Société anonyme Ferme de Rumont »³⁴⁶ de 2001

³⁴³ CE, 21 juin 2017, n° 398830.

³⁴⁴ Articles 51 et suivants de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³⁴⁵ Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JO*, n° 0186, 11 août 2016, texte n° 1 (article 31).

³⁴⁶ CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *Rec.*, p. 138 ; *RFDA*, 2002, p. 46, conclusions F. SENERS.

applicable aux contestations de déclaration et dans laquelle le Conseil d'État juge que « *lorsque des dispositions législatives ou réglementaires prévoient qu'un prélèvement est assis sur la base d'éléments qui doivent être déclarés par le redevable, l'administration ne peut établir ce prélèvement en retenant d'autres éléments que ceux ressortissant d'une telle déclaration qu'après avoir, conformément au principe général des droits de la défense, mis l'intéressé à même de présenter ses observations* ». Jusqu'à présent, le juge ne reconnaît pas dans ce cas l'existence d'une mesure prise en considération de la personne ; le principe général des droits de la défense a donc vocation à continuer de s'appliquer.

Le remplacement du principe général des droits de la défense poserait enfin et surtout une difficulté sérieuse au regard du jeu des exceptions à l'application de la procédure contradictoire et plus précisément au regard de la fameuse exception tirée des mesures prises sur demande, qui jusqu'à présent ne souffrait d'aucun tempérament dans le cadre de la loi du 12 avril 2000. En présence d'un remplacement des droits de la défense jurisprudentiels par la procédure contradictoire écrite, il faut espérer que le juge administratif continuera de n'exclure les mesures prises sur demande que « *dans la mesure où la personne fait valoir ses arguments lors de la requête* »³⁴⁷.

Pour toutes ces raisons, le principe général des droits de la défense a toujours vocation à s'appliquer. Il pourra toujours servir au juge administratif dans ces hypothèses où les dispositions textuelles s'avèrent insuffisantes. Ainsi, le Conseil d'État continue de faire application du principe général du droit lorsque les requérants invoquent sa violation, comme l'a rappelé le Conseil d'État notamment dans un arrêt « Association Droit des lycéens » rendu le 4 décembre 2017³⁴⁸ à propos des sanctions disciplinaires dans les lycées d'enseignement général, alors même qu'aucune raison ne justifiait ici son utilisation. Le juge administratif considère que « *le principe général des droits de la défense, applicable même sans texte à toute décision individuelle défavorable prise en considération de la personne, est applicable aux sanctions prononcées en applications des dispositions du 5ème alinéa de l'article R. 811-30 du code rural et de la pêche maritime ; qu'au demeurant, les sanctions prononcées en application de ces dispositions, qui entrent dans le champ des décisions qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration, ne peuvent être prises que dans le respect des dispositions des articles L. 121-1, L. 122-1 et*

³⁴⁷ F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *op. cit.*, p. 46 et s.

³⁴⁸ CE, 4 décembre 2017, n° 403612, Association Droits des Lycéens.

L. 122-2 du même code ; que l'association requérante n'est, par suite, pas fondée à soutenir que le refus opposé par le Premier ministre méconnaît le principe général des droits de la défense ». Sauf à faire preuve de pédagogie, en principe seules les dispositions du code des relations entre le public et l'administration avaient vocation ici à s'appliquer. Ces dernières semblent toujours pouvoir être concurrencées par d'autres sources, qu'elles soient jurisprudentielles s'agissant du principe général des droits de la défense, mais aussi législatives ou supra-législatives s'agissant des sources spéciales de la procédure contradictoire.

B – Les sources spéciales de la procédure contradictoire

57. Les citoyens, comme les agents publics, peuvent revendiquer leur droit d'être entendus préalablement à une mesure individuelle défavorable par l'intermédiaire d'autres catégories de dispositions textuelles au champ d'application plus limité. Ces sources spéciales du principe du contradictoire peuvent soit étendre le champ d'application du principe, soit en approfondir les modalités d'application, soit enfin en élargir la portée juridique en lui conférant une valeur supra-législative. Elles se regroupent en deux catégories : les procédures contradictoires particulières instituées en droit interne par le législateur (1) et les sources externes (2).

1) Les procédures contradictoires particulières instituées en droit interne par le législateur

58. De nombreux textes instaurent des procédures contradictoires particulières « destinées à garantir les droits de la défense »³⁴⁹. Les mesures concernées recouvrent une très large diversité qu'il n'est pas nécessaire de décrire de manière exhaustive³⁵⁰. Dans leur ensemble, il en existe deux types. La première catégorie de procédure contradictoire particulière régit les

³⁴⁹ CE, ass., 8 mars 1985, Alvaro Garcia Henriquez, *Rec.*, p. 70 ; *RDP*, 1985, p. 1130, conclusions B. GENEVOIS ; *AJDA*, 1985, p. 453.

³⁵⁰ M. Waline a proposé une classification en quatre grandes catégories : « les mesures disciplinaires ou assimilables », « les mesures d'éloignement du territoire », « les mesures privatives ou restrictives de la propriété ou de la jouissance d'un bien » ainsi que les mesures « d'ordre général » susceptibles « d'entraîner la création la création de servitudes, ou gêne, ou des inconvénients pour tout ou partie de la population, ou encore de léser les intérêts d'une partie de la population » ; M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », *op. cit.*

procédures disciplinaires engagées à l'encontre de fonctionnaires devant le conseil de discipline de leur fonction publique respective³⁵¹. La seconde catégorie regroupe les procédures contradictoires particulières applicables aux administrés. Elles recourent une réalité extrêmement variée. Pour ne citer que quelques exemples, il est possible d'évoquer les procédures instituées en matière de redressements contradictoires par l'administration fiscale³⁵², en matière de procédures de sanctions engagées dans des autorités indépendantes, comme l'Autorité des marchés financiers³⁵³ ou l'Autorité de la concurrence³⁵⁴. Peut aussi entrer dans ce cadre, malgré ses caractéristiques particulières, le dispositif de l'enquête parcellaire, en ce qu'il s'adresse aux propriétaires et titulaires de droits réels concernés par une expropriation³⁵⁵.

59. Mise à part la question du référencement de ces diverses dispositions, se pose la question de leur articulation avec la procédure régie par les articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration, puisqu'elles peuvent avoir vocation à régir les mêmes mesures affectant les mêmes destinataires. L'article L. 121-2 résout le problème en application du principe selon lequel la règle spéciale l'emporte sur la règle générale, lorsqu'elles ont toutes deux la même valeur juridique. Au terme de son premier alinéa, « *les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : (...) 3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière* ». La procédure codifiée a donc un caractère supplétif. Elle ne s'applique qu'à défaut de dispositions spéciales.

Ceci étant dit, il faut tout de même être en mesure d'identifier juridiquement de telles procédures contradictoires particulières instituées par la loi, permettant d'écarter la procédure contradictoire d'application générale. Pour reprendre les propos de L. Desfonds-Farjon³⁵⁶, ont vocation à être retenus deux critères d'identification qu'elle fait ressortir de l'arrêt « Garcia

³⁵¹ Pour la fonction publique d'État : Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État, *JO*, 27 octobre 1984, p. 3366.

Pour la fonction publique territoriale : Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux, *JO*, 19 septembre 1989, p. 11818.

Pour la fonction publique hospitalière : Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, *JO*, 9 novembre 1989, p. 13960.

³⁵² Articles L. 55 à L. 61 du Livre des procédures fiscales.

³⁵³ Article L. 621-15 II du code monétaire et financier.

³⁵⁴ Articles L. 463-1 et s. du code de commerce.

³⁵⁵ Articles L. 131-1 et R. 131-1 et s. du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

³⁵⁶ L. DESFONDS-FARJON, note sous CE, 28 décembre 2009, Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'aménagement du territoire c/ Abbadie, *AJDA*, 2010, p. 1152.

Henriquez »³⁵⁷. Le premier critère est classiquement relatif au « *caractère précis et détaillé des dispositions législatives en cause* ». Le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que n'instaure pas une procédure contradictoire particulière une disposition législative qui prévoit simplement que l'intéressé doit être mis à même de présenter ses observations avant l'intervention de la mesure, puisqu'elle « *se borne à rappeler le principe du respect des droits de la défense* »³⁵⁸. La disposition doit donc préciser les modalités d'application de la procédure contradictoire eu égard à l'information préalable, aux modalités d'émission des observations ou aux délais à respecter. Le second critère est « *celui de l'équivalence des garanties* ». La procédure doit offrir un mécanisme d'information et un droit de présenter ses observations avant le prononcé de la décision individuelle défavorable. Il peut s'agir, selon L. Desfonds-Farjon, « *d'une procédure qui garantit l'exercice des droits de la défense (...), c'est-à-dire non pas une procédure équivalente à celle institué par l'article 24 mais seulement d'une procédure présentant des garanties équivalentes* »³⁵⁹. En toute logique, le juge ne devrait être amené à écarter l'application de la procédure aujourd'hui régies par les articles L. 120-1 et suivants « *que lorsqu'une véritable procédure contradictoire a été organisée* »³⁶⁰. Or, la jurisprudence procède à une appréciation assez lâche du caractère équivalent des garanties accordées par des textes spéciaux. Il faut partager l'inquiétude exprimée par S. Caudal selon laquelle le juge est enclin à reconnaître une procédure contradictoire particulière « *dès lors que le législateur a mis en place une version, plus ou moins "allégée" de la contradiction, voire, l'a totalement écartée* »³⁶¹ au stade de la prise de décision. Dans plusieurs situations, le juge consacre l'existence de procédures contradictoires particulières alors que le législateur n'organise qu'une procédure contradictoire *a posteriori*.

En premier lieu, la procédure contradictoire au stade de la prise de décision peut être remplacée par l'organisation par le législateur d'une contradiction dans le cadre d'un recours administratif préalable obligatoire. Cette situation s'est concrétisée au regard de l'article 25 de la loi du 12 avril 2000 qui excluait le droit de présenter ses observations en matière de décisions

³⁵⁷ CE, ass., 8 mars 1985, Alvaro Garcia Henriquez, *Rec.*, p. 70 ; *RDJ*, 1985, p. 1130, conclusions B. GENEVOIS ; *AJDA*, 1985, p. 453.

³⁵⁸ CE, 3 avril 2002, Société Labo'Life Espana, *Rec.*, p. 120 : à propos d'une mesure de suspension d'un produit à finalité sanitaire ou cosmétique ; CE, 12 juin 2002, Caisse de décès « Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine », *Rec.*, tables, p. 593 : à propos des mesures conservatoires prises en application de l'article du code de la mutualité. Voir aussi CE, 30 janv. 2008, n° 297828, Sté Laboratoires Mayoly Spindler, *Rec.*, 2008, p. 11 ; *RDSS*, 2008, p. 307, conclusions A. COURREGES : mesure d'interdiction de publicité a été prononcée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

³⁵⁹ L. DESFONDS-FARJON, note sous CE, 28 décembre 2009, Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'aménagement du territoire c/ Abbadie, *op. cit.*, p. 1152.

³⁶⁰ *Idem*.

³⁶¹ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 13 s.

prises par les organismes de sécurité sociale au profit d'un renforcement de la contradiction *a posteriori*. Il était alors prévu que « *les décisions des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole de salariés ou de non-salariés ordonnant le reversement des prestations sociales indûment perçues sont motivées. Elles indiquent les voies et délais de recours ouverts à l'assuré, ainsi que les conditions et les délais dans lesquels l'assuré peut présenter ses observations écrites ou orales. Dans ce dernier cas, l'assuré peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* ». Le Conseil d'État a été amené transposer cette disposition vis-à-vis d'une décision de répétition d'un trop perçu en matière de revenue de solidarité active dans un avis contentieux du 16 octobre 2013³⁶², puisque « *l'allocataire peut faire valoir ses observations en exerçant devant le président du conseil général le recours administratif préalable obligatoire, à caractère suspensif, mentionné à l'article L. 262-47 du code de l'action sociale et des familles* ». La codification issue de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015³⁶³ n'a pas remis en cause cet état du droit. L'article L. 121-2 alinéa 1^{er} 4° du code des relations entre le public et l'administration précise expressément que la procédure contradictoire régie par ledit code ne s'applique pas aux décisions prises par les organismes de sécurité sociale et par Pôle Emploi, sauf lorsqu'ils prennent des mesures à caractère de sanction. Dans cette hypothèse, le juge tient compte du fait que « *le législateur a entendu, par ces dispositions, déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises les décisions* ». Pour P. Idoux, le législateur français tend « *à confondre le caractère contradictoire de la procédure d'adoption d'un acte avec le caractère contradictoire de la procédure d'élaboration de la décision relative à une contestation postérieure à l'adoption de cet acte* »³⁶⁴, alors que ces deux étapes devraient se compléter plutôt que s'exclure³⁶⁵. En principe, la procédure contradictoire n'a vocation qu'à s'appliquer avant le prononcé de la mesure et, en outre, pas à l'encontre d'une décision prise sur demande, ce qu'est nécessairement une décision prise à la suite d'un recours administratif préalable obligatoire faisant en principe exception à l'application de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration³⁶⁶. Alors qu'en principe, un recours administratif préalable même obligatoire n'implique pas d'obligation de respecter

³⁶² CE, avis n° 368174, 16 octobre 2013, M. et Mme Baillemon, *JO*, n° 0245, 20 octobre 2013, p. 17282 ; *DA*, 2014, comm. 9, commentaire G. ÉVEILLARD.

³⁶³ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

³⁶⁴ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, thèse, Université de Montpellier 1, 2005, p. 449.

³⁶⁵ G. ÉVEILLARD, commentaire sous CE, avis n° 368174, 16 octobre 2013, M. et Mme Baillemon, *DA*, 2014, comm. 9.

³⁶⁶ *Idem*.

l'exigence de contradiction si elle a déjà été respectée au stade de la décision initiale, le Conseil d'État et le législateur optent dans le domaine des prestations sociales pour une application stricte de la règle selon laquelle la décision prise sur un recours administratif préalable obligatoire se substitue systématiquement à la décision initiale, rendant sans objet un recours contre la décision initiale³⁶⁷. Dans ce cas, il n'apparaît pas illogique de limiter la contradiction à la seconde décision, qui doit seule respecter les exigences de la légalité. Outre ce critère temporel, la problématique du caractère équivalent de la garantie offerte se pose également au regard des modalités de la contradiction. Nous le verrons au cours de nos développements ultérieurs, la procédure contradictoire générale offre à l'intéressé le droit de produire ses observations à l'écrit, mais aussi à l'oral s'il souhaite être entendu, ainsi que le droit de se faire assister ou représenter par la personne de son choix. Dans son commentaire sous l'avis contentieux « Baillemont », G. Éveillard constate que « rien de tel n'est prévu dans la procédure organisée par le code de l'action sociale. Celle-ci se borne à prévoir que le président du Conseil général, autorité décisionnelle, doit en principe prendre l'avis d'une commission de recours amiable. En revanche, aucune audition n'est prévue, aucun droit à assistance ou à représentation non plus »³⁶⁸. Il faut donc craindre que le juge administratif soit tenté de considérer comme des procédures contradictoires particulières des hypothèses où les garanties sont moins protectrices que la procédure régie par les articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.

La situation est encore plus critiquable lorsque le juge reconnaît une procédure contradictoire particulière alors que le législateur organise la contradiction uniquement au stade du recours contentieux. Le Conseil d'État juge qu'une décision portant obligation de quitter le territoire français, prise à la suite d'un refus de titre de séjour, n'est pas soumise à une procédure contradictoire préalable³⁶⁹. Il estime que les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers³⁷⁰ et du droit d'asile ont entendu « déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse ». Or elles ne renforcent les garanties accordées aux réfugiés qu'après le prononcé de la mesure³⁷¹ en instaurant un recours contentieux suspensif. Cette

³⁶⁷ CE, sect., 18 nov. 2005, n° 270075, Houlbrequé ; CE, 5 avril 2006, n° 251732, Riche, *Rec.*, 2006, tables, p. 701, à propos de la procédure devant la Commission de recours des militaires.

³⁶⁸ G. ÉVEILLARD, commentaire sous CE, avis n° 368174, 16 octobre 2013, M. et Mme Baillemont, *op. cit.*

³⁶⁹ CE, avis n° 307999, 28 novembre 2007, Barjamaj, *AJDA*, 2008, p. 590, note L. GROS : pour un ressortissant non communautaire ; CE avis n° 315441, 26 novembre 2008, Silidor, *Rec.*, p. 442 ; *AJDA*, 2008, p. 2258 et 2009, p. 270, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA*, 2009, p. 145, chron. C. SANTULLI : pour un ressortissant communautaire.

³⁷⁰ Articles L. 512-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers.

³⁷¹ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 13 s.

jurisprudence, née sous l'empire du décret du 28 novembre 1983³⁷², fut particulièrement critiquée³⁷³ en ce qu'elle juge équivalente une procédure de contradictoire *a posteriori* au stade du recours contentieux, qui par nature n'implique pas une défense avant la prise d'une décision administrative. Fort heureusement, le bénéfice de la contradiction est désormais offert dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, une des sources externes de la procédure contradictoire.

2) *Les sources externes de la procédure contradictoire*

60. À titre subsidiaire, lorsque les sources internes s'avèrent lacunaires, le principe du contradictoire peut encore trouver à s'appliquer spécialement en vertu de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (a) et de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (b).

a) *L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*

61. Le Conseil d'État, par un arrêt « Halifa »³⁷⁴ de 2014, puis la Cour de justice de l'Union européenne, par une jurisprudence « Mukarubega »³⁷⁵ rendue la même année, ont reconnu qu'une décision portant obligation de quitter le territoire français était soumise au principe de la contradiction en vertu du droit de l'Union européenne. En effet, le droit d'être entendu en matière administrative est reconnu à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif au droit à une bonne administration. Le paragraphe 1 de cet article dispose que « toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et

³⁷² CE, sect., 19 avril 1991, Préfet de police de Paris *c/ Demir*, *Rec.*, p. 149 ; *AJDA*, 1991, p. 641, conclusions contraire A.-M. LEROY ; *D.*, 1991, p. 406, note X. PRÉTOT ; revirement de CE, 11 juillet 1990, *Ministre de l'Intérieur c/ Mlle Mohindee*, *Rec.*, p. 212 ; *AJDA*, 1990, p. 744, chron. E. HONORAT et R. SCHWARTZ ; *D.*, 1991, J, p. 68, note X. PRÉTOT.

³⁷³ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 13 s.

³⁷⁴ CE, 4 juin 2014, Halifa, n° 370515, *AJDA*, 2014, p. 1183 ; p. 1501, conclusions X. DOMINO ; *Europe*, 2014, repère 8, obs. D. SIMON ; *JCP G*, 2014, act. 687, obs. L. ERSTEIN ; *JCP G*, 2014, n° 52, 22 décembre 2014, doctr. 1356, chron G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, 2014, n° 51, com. G. MARTI.

³⁷⁵ CJUE, 5 nov. 2014, aff. C-166/13, *Mukarubega c/ Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, *EU:C:2014:2336* ; *AJDA*, 2014, p. 2158 ; *D.*, 2014., 2305, obs. J.-M. PASTOR ; *JCP A*, n° 5, note E. CHEVALIER.

dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ». Le paragraphe 2 dispose que « *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* ». Il faut noter que le respect des droits de la défense dans toute procédure, dont le droit d'être entendu fait partie, avait rapidement été consacré en tant que principe fondamental du droit communautaire, puis du droit de l'Union européenne. Dès les années 1970, il a été reconnu que cette exigence de mettre à même l'intéressé de discuter les griefs formulés à son encontre, devait être assurée, même en l'absence de réglementation nationale, vis-à-vis de toute procédure devant aboutir à des sanctions³⁷⁶ ou à un acte faisant grief³⁷⁷, avant d'intégrer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000 et devenue contraignante en 2009 avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui y fait référence.

Bien que le paragraphe 1 vise uniquement « *les institutions, organes et organismes de l'Union* », la Cour de Justice de l'Union européenne³⁷⁸ reconnaît que ces dispositions s'appliquent bien aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne, sur le fondement de l'article 51 de la Charte, relatif au champ d'application de celle-ci, qui expose que « *1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (...)* ». Cela signifie que lorsque le droit interne offre déjà une garantie analogue, il n'est nul besoin de faire référence au droit de l'Union européenne³⁷⁹. Inversement, la carence du droit interne implique le respect des exigences propres du droit de l'Union européenne, comme c'est le cas en matière d'obligation de quitter le territoire.

L'appréciation du respect du droit d'être entendu reconnu par le droit de l'Union européenne diffère légèrement vis-à-vis du droit interne. En droit français, le respect de l'exigence s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire que l'administration doit en principe systématiquement mettre l'intéressé à même de présenter ses observations préalablement à la

³⁷⁶ CJCE, 13 février 1979, aff. C-85/76, Hoffmann-La Roche contre Commission, points 9 et 11, *Rec.*, p. 461.

³⁷⁷ CJCE, 10 juillet 1986, aff. C. 234/84, « Meura », Belgique contre Commission, *Rec.*, p. 2263 ; CJCE, 10 juillet 1986, aff. C. 40/35, « Boch », Belgique contre Commission, *Rec.*, p. 2321. Voir aussi CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach contre Banberski, point 42, *Rec.*, p. 1935 ; *D.* 2000, p. 122 ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *RSC*, 2000, p. 686, obs. L. IDOT ; *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD.

³⁷⁸ CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-277/11, M. M. c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General, *EU:C:2013:533*, point 35 ; *RTD eur.*, 2013, p. 77, étude D.-U. GALETTA, et 685, obs. F. BENOIT-ROHMER, *JurisData* n° 2011-028240 : décision rendue à propos d'une demande d'asile.

³⁷⁹ Par exemple CE, 13 mars 2015, Odéadom, n° 364612 : à propos de la restitution d'une somme d'argent versée au titre du marché de la banane en vertu de l'article 4 du règlement n° 2988/95 du 18 décembre 1995.

prise de la mesure. La contradiction doit intervenir durant la procédure spécifique à la mesure concernée. Il importe peu que l'intéressé ait pu avoir d'ores-et-déjà présenté ses observations dans un autre cadre³⁸⁰. En droit de l'Union européenne, l'appréciation s'opère *in concreto*. Le droit de l'Union européenne s'intéresse à la procédure dans sa globalité. Il a ainsi été jugé, vis-à-vis d'une décision de quitter le territoire français, que « *le droit d'être entendu dans toute procédure (...) doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale n'entende pas le ressortissant d'un pays tiers spécifiquement au sujet d'une décision de retour lorsque, après avoir constaté le caractère irrégulier de son séjour sur le territoire national à l'issue d'une procédure ayant pleinement respecté son droit d'être entendu, elle envisage de prendre à son égard une telle décision, que cette décision de retour soit consécutive ou non à un refus de titre de séjour* »³⁸¹. Dans cette affaire, le ressortissant étranger avait déjà été au préalable entendu dans le cadre de sa garde à vue suivant son interpellation. Il n'est pas besoin de l'entendre de nouveau préalablement à la mesure d'obligation de quitter le territoire français, qui constitue la suite logique de la procédure pénale d'interpellation.

b) L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

62. L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 constitue l'ultime source permettant aux administrés de revendiquer leur droit d'émettre des observations préalablement à une décision administrative. À première vue, la contradiction « *ne figure en tant que telle au nombre d'aucune des prescriptions de l'article 6, paragraphe 1* »³⁸². Cet article stipule que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et*

³⁸⁰ Une jurisprudence semble toutefois remettre en cause cette règle de principe. Voir CE, 22 mars 2010, Dalongeville, *AJDA*, 2010, p. 664, chron. LIÉBER et BOTTEGHI ; *JCP A*, 2010, 2281, note DUBREUIL, *RLCT*, 2010, 1688, CARTON : « *considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que M. A a pu présenter ses observations sur les faits qui lui étaient reprochés et qui, dans un premier temps, ont donné lieu à une mesure de suspension ; que, dès lors que la révocation litigieuse ne repose pas sur des faits nouveaux, elle pouvait légalement intervenir sans que l'intéressé eût été mis à même de présenter de nouvelles observations* ».

³⁸¹ CJUE, 5 nov. 2014, aff. C-166/13, Mukarubega c/ Préfet de police c/ Préfet de la Seine-Saint-Denis, *EU:C:2014:2336* ; *AJDA*, 2014, p. 2158 ; *D.*, 2014, p. 2305, obs. J.-M. PASTOR ; *JCP A*, n° 5, note E. CHEVALIER, point 82. C'est également le point de vue du Conseil d'État : CE, 4 juin 2014, Halifa, n° 370515, *AJDA*, 2014, p. 1183 ; p. 1501, conclusions X. DOMINO ; *Europe*, 2014, repère 8, obs. D. SIMON ; *JCP G*, 2014, act. 687, obs. L. ERSTEIN ; *JCP G*, 2014, n° 52, 22 décembre 2014, doct. 1356, chron. G. ÉVEILLARD ; *JCP A*, 2014, n° 51, com. G. MARTI, considérant 7.

³⁸² J.-P. COSTA, « Le principe du contradictoire dans l'article 6 § 1 de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 30 s.

dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)». Néanmoins, la contradiction est rattachée au droit à un procès équitable en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui juge que le principe du contradictoire est « *l'une des principales garanties du procès judiciaire* »³⁸³ et que « *la notion de procès équitable implique (...) en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter* »³⁸⁴. Cette exigence trouve à s'appliquer vis-à-vis de mesures administratives selon deux modalités.

63. En principe, les exigences du procès équitable ont seulement vocation à s'imposer, au stade de la procédure contentieuse, à un « tribunal » au sens du droit européen et non à une autorité administrative durant la procédure administrative non contentieuse. Ainsi, les exigences du procès équitable s'imposent au juge interne, en cas de contestation d'une mesure administrative, si celle-ci entre dans le champ d'application de l'article 6 paragraphe 1. La jurisprudence européenne a été amenée à juger que des mesures administratives entrent dans le volet civil ou dans le volet pénal³⁸⁵. Certaines mesures, dont des sanctions « *de manière subsidiaire* »³⁸⁶, entrent dans le volet civil, lorsqu'elles touchent à des « *droits et obligations de caractère civil* ». C'est notamment le cas des mesures affectant le droit d'exercer une activité professionnelle³⁸⁷ ou des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre d'agents de « *gestion* »³⁸⁸. L'article 6 est également applicable aux sanctions administratives, au titre de la matière pénale, en application de la technique des critères³⁸⁹ ou du faisceau d'indices³⁹⁰, ce qui est notamment le cas des sanctions fiscales³⁹¹ ou des amendes administratives pour infractions au code de la route³⁹². Dans ces hypothèses, il ne s'agit pas de garantir au plaignant le droit

³⁸³ CEDH, 19 décembre 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, § 102, n° 9783/82.

³⁸⁴ CEDH, 18 février 1997, *Niederhöst Huber c/ Suisse*, § 23, n° 18990/91.

³⁸⁵ Ch. FERRARI-BREEUR, « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'administration », op. cit., p. 33 s.

³⁸⁶ *Idem*.

³⁸⁷ CEDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag*, série A, vol. 159 ; Cour EDH, plén., 23 oct. 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, n° 8848/80, § 36 ; CE, 17 mai 1999, *M. Chéreau*, n° 180537, *Rec.* p. 152 ; *D.*, 1999, p. 157 ; CE, 3 nov. 1999, *M. Zurmely*, n° 203748, *Rec.* p. 341 ; *D.*, 1999, p. 271 ; *RFDA*, 2000, p. 1079, concl. A.-F. ROUL.

³⁸⁸ CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, *LPA*, n° 98, 17 mai 2000, p. 7, note MELLAY.

³⁸⁹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, série A, vol. 22.

³⁹⁰ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, série A, vol. 284.

³⁹¹ *Idem*.

³⁹² CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ RFA*, série A, vol. 73. Sont concernés les amendes des quatre premières classes d'infractions au code de la route. La cinquième classe relève des amendes pénales prononcées par le juge pénal.

d'être entendu avant le prononcé de la mesure administrative ; le plaignant pourra simplement revendiquer son droit au procès équitable devant le juge. Inversement, l'article 6 paragraphe 1 n'est jamais invocable lorsque le juge est confronté à une mesure de police³⁹³.

64. Cependant, les exigences du procès équitable peuvent trouver à s'appliquer ponctuellement à l'administration elle-même dès le stade du prononcé de la mesure. L'article 1^{er} de la CEDH peut d'abord s'appliquer à une autorité administrative dans le cadre de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme « Imbroscia » de 1993³⁹⁴ en vue de garantir une procédure équitable « *dès l'origine* », c'est-à-dire dès la phase précontentieuse, lorsque « *leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »³⁹⁵. Ensuite et surtout, les exigences du procès équitables s'imposent à une autorité administrative lorsqu'elle est répondeur aux critères de qualification d'un « tribunal », au sens du droit européen, défini comme tout organe chargé de « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »³⁹⁶, « *même si cet organe exerce par ailleurs d'autres fonctions* »³⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme ne s'arrête pas aux qualifications retenues par le droit interne³⁹⁸. Une autorité administrative au sens du droit interne peut tout à fait être qualifiée de tribunal au sens du droit européen. Cette situation reste exceptionnelle. Sont exclues l'ensemble des autorités administratives « *classiques, tels qu'un ministre ou un chef d'État* »³⁹⁹, de sorte que seules les autorités administratives indépendantes peuvent recevoir la qualification de « tribunal » au sens du droit européen⁴⁰⁰ et se voir imposer l'exigence de la contradiction issue de l'article 6

³⁹³ Par exemple : CE, 15 février 2016, n° 389140, Association French Data Network, D., IP/IT, 2016, p. 313, obs. O. HENRARD, à propos du blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique.

³⁹⁴ CEDH, 24 novembre 1993, Imbroscia c/ Suisse, série A, vol. 275.

³⁹⁵ Par exemple, pour le calcul du droit au délai raisonnable de jugement, la Cour européenne des droits de l'Homme tient compte de la phase préalable à l'instance pénale débutant par l'accusation. En vertu de cette jurisprudence, le juge européen impose également la séparation des autorités de poursuites et de jugement.

³⁹⁶ CEDU, ass. plén., 22 oct. 1984, Sramek c. Autriche, série A n° 84, § 36 ; CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, n° 13057/87, série A, n° 210.

³⁹⁷ G. ÉVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531 s.

³⁹⁸ par exemple, illustrant ce pragmatisme, CEDH, 1^{er} juill. 1997, Rolf Gustafson c. Suède, n° 23196/94, RSC, 1998, p. 391, obs. R. KOERING-JOULIN.

³⁹⁹ G. ÉVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 531 s.

⁴⁰⁰ *Idem*.

paragraphe 1 de la Convention⁴⁰¹. À cet égard, la procédure administrative non contentieuse au sens du droit interne n'est pas exclusive de la procédure contentieuse au sens du droit européen.

Dans un premier temps, le juge français a limité l'application directe des exigences du procès équitable, et au premier chef les exigences d'impartialité et de respect des droits de la défense, aux autorités administratives indépendantes sur le seul volet pénal. À l'instar de la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁰², celle du Conseil d'État n'a pas toujours été très explicite sur les fondements de l'application de cette exigence du procès équitable vis-à-vis des autorités indépendantes. Dans la jurisprudence « Didier »⁴⁰³ du 3 décembre 1999, le Conseil d'État applique l'exigence d'impartialité tirée du droit au procès équitable à une sanction prononcée par la formation disciplinaire de l'ancien Conseil des marchés financiers, « *eu égard à la nature, à la composition et aux attributions des organismes en cause* », alors même que cette autorité « *n'est pas une juridiction au regard du droit interne* ». Dans cet arrêt, le Conseil d'État n'indiquait cependant pas explicitement que l'autorité administrative indépendante pouvait constituer un tribunal au sens du droit européen. Mais, la formulation retenue permet de conclure que le juge administratif reconnaît implicitement la qualification de « tribunal » au sens du droit européen, en passant outre la qualification d'autorité administrative au sens du droit interne. La haute juridiction administrative retiendra une formulation plus claire dans une jurisprudence « EDF et Société nationale d'électricité et de thermique »⁴⁰⁴ de 2003, où elle affirme expressément que « *eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, une autorité administrative peut, lorsqu'elle inflige une sanction, être regardée comme un tribunal décidant du bien fondé d'accusations en matière pénale* ». Pour autant, le Conseil d'État n'est pas toujours aussi rigoureux, comme a pu le montrer la jurisprudence « Parent » de 2006⁴⁰⁵, à

⁴⁰¹ Si la contradiction s'impose, il n'en va pas systématiquement de même de l'ensemble des exigences tirées du droit à un procès équitable. Elles trouvent leurs limites vis-à-vis du droit à l'assistance gratuite d'un avocat et de la règle de publicité des séances.

⁴⁰² Cass., ass. plén., 5 février 1999, COB c/ Oury, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, conclusions M.-A. LAFORTUNE ; *JCP*, 1999, II, 10060, note H. MATSOPOULOU ; J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, p. 847.

⁴⁰³ CE, ass., 3 décembre 1999, n° 207434, Didier, *Rec.*, p. 399, *AJDA*, 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN, *JCP*, 2000, n° 10267, note F. SUDRE ; *D.*, 2000, 62, obs. M. BOIZARD ; *RFDA*, 2000, p. 584, concl. A. SEBAN ; *RTD com.*, 2000, p. 405, obs. N. RONTCHEVSKY. Il s'agissait dans cette affaire d'appliquer l'exigence d'impartialité tirée de l'article 6 paragraphe 1 à l'ancien « Conseil des marchés financiers ».

⁴⁰⁴ CE, 11 juin 2003, EDF et Société nationale d'électricité et de thermique, *Rec.*, tables, p. 702 ; *CJEG*, 2003, p. 586, conclusions F. SENERS.

⁴⁰⁵ CE, sect., 27 octobre 2006, Parent et autres, *Rec.*, p. 454 ; *AJDA*, 2007, p. 80, note M. COLLET ; *D.*, 2006, 2792 ; *ibid.* 2007, 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *RTD com.*, 2007, p. 406, obs. N. RONTCHEVSKY ; *LPA*, 2006, p. 253, 4, concl. M. GUYOMAR. Cette jurisprudence visait l'« Autorité des marchés financiers ». Voir aussi CE, 31 mars 2004, n° 243579, Société Etna finance, *Rec.* p. 693 ; *D.*, 2005, 2601, obs. Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE.

propos de l'application de la procédure contradictoire au titre du volet pénal. Sans évoquer la notion de tribunal au sens du droit européen, il considère que, alors même que ces autorités administratives indépendantes « *ne sont pas des juridictions au regard du droit interne, l'application du principe des droits de la défense, rappelé par l'article 6, § 1, de la Convention européenne (...) est requise pour garantir, dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats (...) eu égard à la nature, à la composition et aux attributions des organismes en cause* ». Il poursuit par l'indication selon laquelle « *quand ils sont saisis d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par le code monétaire et financier, le conseil de discipline de la gestion financière et la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers doivent être regardés comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale* ». Sur le fond, comme le remarque G. Éveillard, « *force est (...) de constater que ces critères sont semblables à ceux par lesquels le juge administratif identifie une juridiction lorsque celle-ci n'est pas qualifiée par un texte* »⁴⁰⁶. Comme en droit européen, la qualification de tribunal au sens du droit interne a également lieu « *eu égard à la nature, à la composition et aux attributions des organismes en cause* ». En droit interne, à défaut de qualification textuelle, il revient au juge de retenir la qualification de « *juridiction* » face telle ou telle institution. Le juge retient des critères similaires. Il faut d'abord que l'autorité instituée par la loi exerce un pouvoir propre de décision⁴⁰⁷. Il faut ensuite que l'institution fonctionne de façon collégiale⁴⁰⁸. Enfin, un critère matériel conduit à ne reconnaître la qualification de juridiction au sens du droit interne que lorsque l'institution intervient en matière répressive⁴⁰⁹, et non pas simplement pour trancher des litiges entre plusieurs parties⁴¹⁰. À l'instar de cette qualification jurisprudentielle du tribunal en droit interne, seules les autorités administratives indépendantes intervenant en matière répressive peuvent être soumises aux exigences du procès équitable. D'un certain point de vue, on retrouve ici à nouveau la notion de fonction juridictionnelle justifiant le déploiement de la contradiction vis-à-vis des mesures de sanction. C'est parce que la mission de l'administration est celle d'un « *tribunal* », qu'elle

⁴⁰⁶ G. ÉVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 531 s.

⁴⁰⁷ CE, ass., 13 mars 1981, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres, *Rec.* 135 ; *D.*, 1981, *Jur.*, 418, note C. GAVALDA ; RDP 1981. 1428, note Y. GAUDEMET.

⁴⁰⁸ CE, sect., 20 nov. 1970, Bouez et UNEF, *Rec.* 690 ; *AJDA*, 1971, p. 483, note J. CHEVALLIER et 519, concl. J. THERY.

⁴⁰⁹ CE, ass., 12 décembre 1953, Sieur de Bayo, *Rec.*, p. 544 ; *RPDA*, 1954, p. 3, concl. CHARDEAU ; *AJDA*, 1954, p. 138, note DE SOTO et chron. GAZIER et CHARDEAU.

⁴¹⁰ CE, sect., 3 mai 1957, Société Les Maisons des blessés du poumon, *Rec.*, p. 282.

se voit soumise à l'exigence de contradiction, et plus largement, aux exigences du procès équitable.

Ce n'est que dans un second temps que le juge français a reconnu que les exigences du procès équitables pouvaient être également imposées aux autorités administratives indépendantes sur le volet civil, ce qu'il s'était longtemps refusé à accepter. Face une jurisprudence floue de la Cour européenne des droits de l'Homme, empreinte d'une casuistique⁴¹¹, le juge administratif avait préféré juger *in abstracto* que les stipulations de l'article 6 paragraphe 1, dans leur volet civil « *n'énoncent aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi* »⁴¹². Les rappels successifs par le Cour européenne des droits de l'homme, notamment par la jurisprudence « Argyrou contre Grèce » du 15 janvier 2009⁴¹³ dans laquelle la Cour rappelle que « *l'applicabilité de l'article 6 § 1 dans le contexte civil présuppose l'existence d'un "tribunal" qui décidera des "contestations" sur un "droit de caractère civil"* », ont eu raison de la position du juge français. Le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence dans l'arrêt d'assemblée « Société Groupe Canal Plus » rendu le 21 décembre 2012⁴¹⁴ à propos d'une décision de l'Autorité de la concurrence autorisant une opération de concentration économique sous réserve d'injonctions⁴¹⁵. La haute juridiction administrative considère que « *lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration qui lui a été notifiée, l'Autorité de la concurrence, qui ne prononce pas une sanction, statue sur une demande qui lui est présentée et, alors même qu'elle se prononce sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, ne tranche pas une contestation sur des droits et*

⁴¹¹ Sur ce point, voir V. DAUMAS, « Le contrôle de la concentration dans le domaine de l'audiovisuel », conclusions sur CE, ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, n° 362347, Société Numericable, n° 363703 ; Société Parabole Réunion, n° 363542, *RFDA*, 2013, p. 70 ; L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

⁴¹² CE, 3 déc. 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, n° 197060, *Rec.* p. 397 ; *AJDA*, 2000, p. 172 ; *ibid.* 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.*, 2000, p. 22 ; *RFDA*, 2000, p. 574, concl. J.-D. COMBEXELLE ; CE, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, *Rec.* p. 276 ; *AJDA*, 2001, p. 638 ; *ibid.* 634, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.*, 2002, p. 1666, obs. S. THOMASSET-PIERRE ; *RFDA*, 2002, 509, concl. F. LAMY ; *RSC*, 2002, p. 612, obs. J. RIFFAULT-SILK ; *RTD com.*, 2002, p. 132, obs. N. RONTCHEVSKY ; CE, 11 juin 2003, EDF et Société nationale d'électricité et de thermique, *Rec.*, tables, p. 702 ; *CJEG*, 2003, p. 586, conclusions F. SENERS.

⁴¹³ CEDH, 15 janv. 2009, Argyrou c. Grèce, n° 10468/04, § 22. Voir aussi CDH, gr. ch., 3 avr. 2012, Boulois c. Luxembourg, n° 37575/04, § 90, AJ pénal 2012. 352, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁴¹⁴ CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, Société Groupe Canal Plus, *Rec.* p. 446 ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2013, p. 70, conclusions V. DAUMAS.

⁴¹⁵ Cette décision affecte les droits et obligations de caractère civil pour les parties à la concentration CE, 13 févr. 2006, Société Fiducial informatique et Société Fiducial expertise, n° 279180, *Rec.* p. 67 ; *AJDA*, 2005, p. 2167, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA*, 2006, 692, concl. E. GLASER ; *RTD com.* 2006. 49, obs. G. ORSONI.

obligations de caractère civil, mais exerce un pouvoir de police ; que dès lors, sa décision n'entre pas dans le champ des stipulations de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations ne peut donc qu'être écarté ». Si en l'espèce le juge n'applique pas directement les exigences du procès équitable, la formulation retenue induit qu'il aurait procédé ainsi en l'absence de mesure de police si l'Autorité de la concurrence avait été invité à trancher un litige. Pour éclairer la position nouvelle du juge, il faut se référer aux conclusions conformes de V. Daumas qui conseillait à la formation de jugement d'opérer ce revirement de jurisprudence⁴¹⁶. Le rapporteur public proposait de retenir une « *conception exigeante* » du critère de l'existence d'une « contestation » sur des droits et obligations de caractère civil, de sorte que soient écartées « *toutes les procédures suivies devant des autorités administratives lorsqu'elles se bornent à examiner pour la première fois les demandes qui leur sont soumises (...), toutes les procédures administratives précontentieuses, qu'il s'agisse de recours gracieux, de recours hiérarchiques et même de la plupart des recours administratifs préalables obligatoires* », puisqu'elles ont pour objet « *non de trancher une contestation, mais de fixer ce qui, en amont, constituera la position définitive de l'administration* ». Dès lors, « *les seuls organes administratifs qui pourraient être regardés comme saisis d'une "contestation" au sens de l'article 6, paragraphe 1, seraient des organes suffisamment indépendants de l'autorité administrative pour pouvoir être assimilés à des tiers chargés de trancher un litige entre administration et administré* ». Si le juge n'emploie pas la notion de « tribunal »⁴¹⁷, la conséquence de cette nouvelle appréciation réside dans un élargissement dans la définition par le juge français de cette notion au sens du droit européen dans un sens conforme à la jurisprudence de la Cour européenne qui le définit comme une instance chargée de « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »⁴¹⁸, aussi bien en matière pénale qu'en matière civile⁴¹⁹. Inversement, il en résulte une différenciation avec la définition jurisprudentielle retenue en droit interne qui reste cantonnée au strict domaine répressif en l'absence de qualification textuelle. Il n'est pas rare

⁴¹⁶ V. DAUMAS, « Le contrôle de la concentration dans le domaine de l'audiovisuel », conclusions sur CE, ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, n° 362347, Société Numericable, n° 363703 ; Société Parabole Réunion, n° 363542, *RFDA*, 2013, p. 70.

⁴¹⁷ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « concentrations : affaires Canal plus, décodage », *op. cit.*, p. 215 : « *on relèvera que le Conseil d'État s'est tenu prudemment éloigné du point de savoir si l'applicabilité de l'article 6 § 1 était déterminée ou non par le caractère juridictionnel ou non du rôle joué par l'organe concerné (...). Il ne faut pas y voir la manifestation d'un renoncement, mais celle d'une prudence* ».

⁴¹⁸ CEDH, plén., 22 oct. 1984, Sramek c. Autriche, série A n° 84, § 36 ; CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, n° 13057/87, série A, n° 210.

⁴¹⁹ Pour une étude détaillée de la notion de tribunal voir L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

que le droit interne se caractérise par des particularités qui lui sont propres par comparaison avec le droit européen ou avec des systèmes juridiques étrangers. Ainsi en va-t-il par exemple du champ d'application de la procédure contradictoire.

§ 2 – L'absence de portée générale de la procédure contradictoire en droit interne

65. Même si le domaine d'application de la procédure contradictoire s'est étendu, quelques éléments de droit comparé démontrent qu'il reste limité dans ses champs d'application *ratione materiae* et *ratione personae*. En effet, la théorie juridique française garantit à l'administré le bénéfice de la contradiction lorsque deux critères sont remplis, la nature et les effets de la mesure alors que de nombreux droits étrangers se fondent exclusivement sur le second de ces critères (A), ce qui leur permet d'élargir le champ d'application du principe. Un second élément d'analyse se focalise sur les personnes susceptibles de revendiquer ce droit. Si en droit interne la notion de personne « intéressée », ayant vocation à se faire entendre, se limite en principe aux destinataires de la mesure, la notion reçoit parfois une acception plus large dans certains droits étrangers (B).

A – Le bénéfice de la contradiction subordonné à la réunion de deux critères : la nature et les effets de la mesure

66. L'établissement de deux critères, la nature et les effets de la mesure, permet à l'administration d'échapper à l'obligation d'information et d'écoute préalable de l'intéressé lorsque la mesure n'est pas d'une gravité suffisante. Une vision franco-centrée pourrait amener à considérer que ce second critère déséquilibre la balance entre l'intérêt public et l'intérêt particulier. L'administration bénéficie véritablement d'une approche restrictive de la notion alors que l'intéressé dispose d'un droit conditionné. Cependant, l'étude des systèmes juridiques étrangers relativise cette première impression. Le critère des effets de la mesure, de sa gravité, se révèle être, dans de nombreux États, le critère essentiel du champ d'application du principe. Il en ressort que cette exigence supplémentaire en droit français (1) est en réalité inhérente à la

procédure contradictoire (2). C'est alors le critère de la nature de la mesure qui se trouve soumis à critique.

1) *L'établissement du critère supplémentaire des effets de la mesure*

67. L'affirmation selon laquelle la mesure individuelle défavorable doit revêtir une gravité suffisante nécessite d'être précisée, d'abord parce que ni la doctrine ni le juge administratif ne semblent l'exiger constamment.

Un premier courant doctrinal a vu dans l'évolution progressive de la jurisprudence relative au principe général des droits de la défense, un élargissement du champ d'application à l'ensemble des « *mesures graves visant un individu* »⁴²⁰. G. Isaac estime que, par un abandon d'une conception étroite fondée sur deux critères, la nature de la mesure et la gravité de celle-ci, seul le critère de la gravité demeure⁴²¹. Il en résulte, pour J.-P. Chaudet, que le principe accorde une garantie aux personnes intéressées « *avant que soit prise par l'administration toute mesure ayant le caractère de sanction ou préjudiciant à leurs droits* »⁴²². Bien que le domaine de la contradiction soit aujourd'hui large, ce courant n'est pas à même de décrire la réalité, puisque la nature de la mesure reste une étape obligée en droit interne.

Un autre courant est représenté par le président Genevois dans ses conclusions prononcées sur la décision « Société Etablissements Cruse » de 1980⁴²³, pour qui « *le principe des droits de la défense implique qu'une mesure individuelle d'une certaine gravité, reposant sur l'appréciation d'une situation personnelle, ne peut être prise par l'administration sans entendre au préalable la personne qui est susceptible d'être lésée dans ses intérêts moraux ou matériels par cette mesure* ». De la même façon, D. Maillard Desgrées du Loû affirme que le « *principe général du droit [est] applicable aux mesures d'une certaine gravité qui comportent une sanction ou sont prises en considération de la personne* »⁴²⁴. Pour R. Hostiou, les effets de

⁴²⁰ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 396.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² J.-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, thèse, Paris, LGDJ, tome LXXIV, 1967, p. 373.

⁴²³ CE, sect., 9 mai 1980, n° 10404, Société des établissements Cruse fils et frères, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1980, p. 482, conclusions GENEVOIS ; *D.*, 1980, IR, p. 557, obs. P. DELVOLVÉ.

⁴²⁴ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 162.

la mesure seraient pris en considération « à titre accessoire »⁴²⁵. Certaines jurisprudences⁴²⁶ font en effet état de ce second critère, au premier chef l'arrêt « Trompier-Gravier »⁴²⁷. Le Conseil d'État juge que « eu égard au caractère (...) et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que [la personne intéressée] eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle ». La mention de la gravité de la mesure se retrouve également pour les mesures prises en considération de la personne⁴²⁸.

Or, certains arrêts ne mentionnent pas l'exigence d'une gravité de la mesure. L'arrêt « Aramu »⁴²⁹ à propos des sanctions disciplinaires n'en fait pas état, puisqu'aucune « sanction ne peut (...) être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense ». De la même façon, le Conseil constitutionnel ne fait pas non plus référence à une exigence de gravité des sanctions lorsqu'il impose le principe constitutionnel des droits de la défense⁴³⁰. En outre, de nombreux arrêts n'en font pas mention aussi bien en matière de sanctions⁴³¹ qu'en matière de mesures prises en considération de la personne⁴³².

Pour tenter de faire la part des choses, malgré des disparités dans la jurisprudence, il faut considérer que le critère de la gravité doit par principe pouvoir être caractérisé vis-à-vis des mesures prises en considération de la personne. À ces mesures d'une nature particulière, doit s'associer la gravité de leurs effets. Pour les autres catégories de décisions, l'exigence serait par nature reconnue compte tenu de l'objet même de ces mesures, qui traduit leur gravité intrinsèque. Il en va ainsi des décisions soumises à l'exigence de motivation en vertu de l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. Comme l'évoquait B. Delaunay à propos de la loi 11 juillet 1979, sont ici visées « les décisions individuelles les plus dangereuses pour les administrés »⁴³³. Il n'en va pas différemment pour les procédures

⁴²⁵ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 96.

⁴²⁶ CE, 8 juillet 1936, dame Hoarau, *Rec.*, chron., p. 743 ; CE, 28 avril 1937, Hartiwig, *Rec.*, p. 446 ; CE, 12 juin 1992, Caisse primaire d'assurance maladie de Paris et al., *Rec.*, p. 229.

⁴²⁷ CE, sect., 5 mai 1944, Veuve Trompier-Gravier, *Rec.*, p. 133 ; *D.*, 1945, p. 110, conclusions B. CHENOT, note J. DE SOTO ; *RDP*, 1944, p. 256, note G. JÈZE.

⁴²⁸ CE, sect., 8 janvier 1960, Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer et Faist (deux arrêts), op. cit., *Rec.*, p. 12 ; *RDP*, 1960, p. 334, conclusions G. BRAIBANT ; CE, 20 mai 1996, Société Vortex, *Rec.*, tables, p. 668.

⁴²⁹ CE, ass., 26 octobre 1945, Aramu et autres, *Rec.*, p. 213 ; *S.*, 1946, 3, p. 1, conclusions R. ODENT ; *EDCE*, 1947, n° 1, p. 48, conclusions R. ODENT ; *D.*, 1946, p. 158, note G. MORANGE.

⁴³⁰ Décision n° 88-248 DC du Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *JO*, 18 janvier 1989, p. 754 ; *RFDA*, 1989, p. 215, note B. GENEVOIS.

⁴³¹ Par ex. CE, 23 mai 1986, Lemaire, *Rec.*, p. 370 ; *Rev. jur. Eco., du sport*, 1987, n° 2, p. 119, obs. CARBAJO.

⁴³² CE, 20 janvier 1956, Nègre, *Rec.*, p. 24 ; *D.*, 1957, p. 319, conclusions GUIONIN ; CE, ass., 23 octobre 1964, d'Oriano, *RDP*, 1965, p. 282, conclusions BERNARD ; CE, sect., 28 juillet 1995, Port autonome du Havre, *Rec.*, p. 331.

⁴³³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 44.

contradictaires particulières et pour les mesures prises sur le fondement d'éléments autres que ceux mentionnés dans une déclaration, en vertu de la jurisprudence « Ferme de Rumont »⁴³⁴. Le critère de l'exigence de gravité doit donc systématiquement être remplie que ce soit à titre explicite ou à titre implicite au regard de la nature de la mesure.

Dans ce cadre qui se veut cohérent, le cas des sanctions administratives semble toutefois poser problème. En vertu de la jurisprudence « Trompier-Gravier », une sanction non disciplinaire doit revêtir un caractère de gravité. Or, en vertu du code des relations entre le public et l'administration, ces dernières sont considérées comme implicitement graves. De façon plus paradoxale, il est une situation où la gravité de la mesure n'est paradoxalement pas exigée par le juge administratif : il s'agit du domaine des sanctions disciplinaires. La jurisprudence « Aramu » ne l'exigeant pas, le Conseil d'État a été amené à juger, dans une jurisprudence « Mansuy »⁴³⁵ qu'une décision de refus de titulariser un stagiaire à la fin de son stage, n'étant pas une mesure grave, et bien que « *prise en considération de sa personne, elle n'est pas - sauf à revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire - au nombre des mesures qui ne peuvent légalement intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de faire valoir ses observations ou de prendre connaissance de son dossier* ». Il en ressort qu'une mesure jugée non grave peut se voir appliquer les droits de la défense si elle prend le caractère d'une sanction disciplinaire. Ce raisonnement conduit à des résultats incohérents. En matière de non-titularisation d'un agent public en fin de stage pour insuffisance professionnelle, le stagiaire n'a en principe pas à être entendu⁴³⁶, car il n'a aucun droit à titularisation à la fin de son stage⁴³⁷. Cela sous-entend que la mesure n'est pas d'une gravité suffisante. Toutefois, il a le droit d'être entendu si la mesure présente le caractère disciplinaire, c'est-à-dire d'une sanction⁴³⁸, ce qui est paradoxal puisque la mesure a les mêmes effets. Une mesure serait désormais grave, non eu égard à ses effets, mais à son objet. Il y a ici une incohérence que le juge serait fondé à régler, tout du moins pour ce cas particulier.

⁴³⁴ CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *Rec.*, p. 138 ; *RFDA*, 2002, p. 46, conclusions F. SENERS.

⁴³⁵ CE, sect., 3 décembre 2003, Mme Mansuy, *Rec.*, p. 469, *AJDA*, 2003, p. 30, conclusions M. GUYOMAR ; *RFDA*, 2004, p. 1014, note J.-G. MAHINGA.

⁴³⁶ CE, sect., 16 mars 1979, Ministre du travail c/ Stephen, *Rec.*, p. 120 ; *AJDA*, 1979, p. 46, conclusions contraires GALABERT.

⁴³⁷ CE, 26 janvier 1917, Lalogue, *Rec.*, p. 87.

⁴³⁸ CE, sect., 3 décembre 2003, Mme Mansuy, *Rec.*, p. 469, *AJDA*, 2003, p. 30, conclusions M. GUYOMAR ; *RFDA*, 2004, p. 1014, note J.-G. MAHINGA.

68. Ensuite, en l'absence de critère jurisprudentiel, c'est la définition même de l'exigence qui suscite des difficultés. Une partie de la doctrine ne s'est pas attardée à en préciser les critères. Certains auteurs estiment que c'est tout simplement impossible. Selon J. Puisoye, « *il n'est pas permis de dégager un critère nettement défini de "sanction d'une certaine gravité", ce caractère étant souverainement apprécié par le juge administratif dans chaque espèce, en fonction des circonstances* »⁴³⁹. D'autres auteurs tentent raisonnablement d'en déterminer quelques éléments d'appréciation. J. Schwarze, s'il estime qu'il « *n'est pas possible de déterminer définitivement à partir de quel moment une mesure atteint une certaine gravité* »⁴⁴⁰, évoque l'atteinte à des droits existants⁴⁴¹. De manière plus large, pour G. Morange, « *ce sont les répercussions de la décision sur la situation actuelle ou sur l'avenir de l'intéressé, ou encore ses incidences financières, qui le détermineront* »⁴⁴². Dans un effort de synthèse de l'exigence, R. Hostiou mentionne l'existence d'une double condition cumulative⁴⁴³. Selon cet auteur, l'identification de la gravité d'une mesure nécessite d'abord de relever un préjudice causé à l'intéressé. Il peut être aussi bien être matériel, comme une atteinte à ses ressources financières ou à son activité professionnelle, que moral, par des blâmes ou avertissements qui portent atteinte à sa considération⁴⁴⁴. La gravité nécessite ensuite une atteinte à la situation « *privilegiée* » de l'intéressé, lui « *conférant des droits, facultés ou avantages particuliers* »⁴⁴⁵. Entrent dans ce cadre, les mesures de retraits d'autorisations administratives et d'agrément, même d'une décision obtenue par fraude⁴⁴⁶, auxquelles il faut ajouter les mesures d'abrogation. C'est également le cas de certains refus : les refus-sanctions et plus généralement les refus pris en considération de la personne se fondant sur des éléments autres que ceux figurant dans la demande. Ce sont pour finir, en ce qui concerne les seuls agents publics, les décisions qui mettent un terme ou affectent leur fonction à titre provisoire ou permanent, ce qui exclut les mesures de non-renouvellement. Ces trois catégories de mesures concernées sont également citées dans la note sous l'arrêt « Trompier-Gravier » aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*⁴⁴⁷. Cette note cite « *les mesures d'éviction ou de licenciement* », les mesures de « *retrait d'une qualité ou d'un avantage* » ainsi que « *les décisions par lesquelles*

⁴³⁹ J. PUIISOYE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration », *op. cit.*, p. 81.

⁴⁴⁰ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 1312.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 1313.

⁴⁴² G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 123.

⁴⁴³ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 96 et s.

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁴⁶ CE, décision du président de la section contentieuse, 30 mai 1994, Préfet de la Haute-Savoie c/ Mme Diallo épouse Kamanga, *Rec.*, p. 753.

⁴⁴⁷ *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2017, p. 318.

l'administration refuse une autorisation ou un avantage ». De manière générale, et c'est l'expression qu'il faut retenir, la mesure revêt le caractère de gravité exigé lorsque la décision affecte « *un droit ou une situation acquise* », pour reprendre la formulation proposée par le commissaire du gouvernement M. Guyomar⁴⁴⁸.

69. Alors que ce caractère semble exigé à titre accessoire en droit interne, il semble pourtant qu'il aurait vocation à constituer l'unique critère de la procédure contradictoire, au regard de brefs éléments de droit comparé.

2) *Une exigence inhérente à la procédure contradictoire*

70. Les différents systèmes juridiques étrangers ne se passent pas du critère des effets de la mesure pour déterminer le champ d'application de la procédure contradictoire. De nombreux États en font même leur critère essentiel.

Un panorama des différents droits étrangers doit commencer par le droit anglo-saxon en ce qu'il fonde historiquement la naissance du principe en procédure contentieuse. Les droits de la défense y apparaissent au XVII^e siècle, dans le « *Begg's Case* » de 1615, en tant que règle de la « *natural justice* » aux côtés de la règle « *no man shall be judge in his own cause* », nul ne peut être juge de sa propre cause. Ils visent alors à appliquer le principe « *audi alteram partem* » selon lequel nul ne peut être condamné sans avoir été entendu. Initialement applicable aux seules procédures devant le juge, il est étendu aux autorités administratives « *exerçant une fonction juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle* »⁴⁴⁹, à savoir une activité analogue à celle d'un juge. Il n'est pas applicable aux activités « *purely administrative* »⁴⁵⁰ que sont les « *delegate legislations* », équivalents des actes réglementaires. Selon J.-M. Auby, il n'existe pas de critère strictement défini pour en déterminer le champ *ratione materiae*. Les tribunaux qualifient un acte de judiciaire ou quasi judiciaire « *quand ils veulent le soumettre au contrôle*

⁴⁴⁸ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, sect., 3 décembre 2003, Mme Mansuy, *AJDA*, 2003, p. 30.

⁴⁴⁹ J.-M. AUBY, « La "justice naturelle" et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon », *Science et action administratives, Mélanges Georges Langrod*, les éditions d'organisation, Paris, 1980, p. 376-377.

⁴⁵⁰ *Idem*.

*judiciaire et au respect de la "natural justice" »⁴⁵¹. L'intérêt de l'exigence de qualification de la nature de la mesure se réduit à partir du moment où, en 1963, dans un arrêt « *Ridge v. Baldwin* », la Chambre des *Lords* oblige une administration à entendre la personne intéressée avant l'édiction d'une mesure défavorable au nom du principe du « *fairness* » ou du « *fair* » obligeant l'administration à agir avec loyauté, de façon équitable⁴⁵². Ce « *right to a hearing* » n'est alors plus limité aux activités judiciaires ou quasi-judiciaires. Le principe s'applique « *chaque fois qu'il [est] porté atteinte à un droit, un intérêt, ou même une "legitimate expectation" (soit approximativement, une aptitude, vocation légitime) »⁴⁵³. Cet énoncé conduit à penser que le critère d'application du principe est unique et qu'il concerne les effets de la mesure sur les droits ou la « *situation* »⁴⁵⁴ de l'intéressé. Aux États-Unis, le « *right to a hearing* » devant l'administration est une composante du concept constitutionnel de « *due process of law* » selon lequel « *aucune personne ne peut être privée de la vie, de la liberté ou de sa propriété, sans qu'un minimum de mesures de procédure soit observé »⁴⁵⁵. Aujourd'hui régi, pour l'État fédéral, par une loi sur la procédure administrative de 1946 (*Administrative Procedure Act of 1946*), il s'applique là aussi en fonction des effets de la mesure, à savoir si elle touche aux biens ou à la personne d'un administré⁴⁵⁶.***

Dans les systèmes de droit romano-germaniques, les effets de la mesure sont explicitement mentionnés dans les différentes lois régissant la procédure administrative. En Allemagne, le droit d'être entendu est principalement régi par le § 28 de la loi du 25 mai 1976 sur la procédure administrative qui dispose que, « *avant l'édiction 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* ». En Italie, selon les articles 7 et 9 de la loi du 7 août 1990 relative à la procédure administrative et au droit d'accès aux documents administratifs, le principe s'applique aux mesures qui produisent des effets envers le destinataire de l'acte ou un préjudice envers une autre personne⁴⁵⁷. En Espagne, il s'impose aux décisions qui affectent des droits ou intérêts légitimes selon les termes de l'article 31 de la loi du 26 novembre 1992 sur le régime juridique de l'administration publique et de la procédure administrative générale. En Grèce, où le droit d'être entendu est constitutionalisé, l'article 20

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 379.

⁴⁵² M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁵³ J.-M. AUBY, « La "justice naturelle" et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon », *op. cit.*, p. 381.

⁴⁵⁴ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 1345.

⁴⁵⁵ B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *RIDC*, Vol. 3 N° 2, avril-juin 1951, p. 251.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 253.

⁴⁵⁷ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, *op. cit.*, p. 219.

de la Constitution dispose que « *l'intéressé a le droit d'être préalablement entendu, également lors de tout acte ou de toute mesure arrêté par l'administration, lésant ses droits ou ses intérêts* ». Même la Belgique, qui adopte un système proche du système français en ce qu'elle applique le droit d'être entendu, qui découle du principe général de bonne administration, aux mesures individuelles prises par l'autorité publique qui affectent gravement les intérêts du destinataire de celle-ci et qui sont basées sur le comportement personnel de l'intéressé⁴⁵⁸. Cet exemple belge démontre qu'il convient toujours de prendre en compte la situation personnelle de l'intéressé.

L'usage du critère des effets de la mesure, ou de sa gravité, caractérise enfin la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 41 vise « *une mesure individuelle qui [affecte] défavorablement* » les personnes, ainsi que l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales s'appliquant lorsqu'un tribunal décide « *soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale* ».

71. Puisque l'ensemble de ces systèmes juridiques se fonde d'abord sur le critère de la gravité de la mesure, le droit français constitue l'exception en appliquant le principe à des mesures présentant une nature particulière. La France serait fondée à s'appuyer sur ce même critère des effets de la mesure pour soumettre l'exigence de contradiction à toutes les mesures affectant les droits individuels ou les situations acquises, lorsqu'elles comportent une appréciation de la situation personnelle de l'intéressé, à l'instar de la définition proposée par le Président Odent pour qui « *le principe des droits de la défense implique qu'une mesure individuelle d'une certaine gravité, reposant sur l'appréciation d'une situation personnelle, ne peut être prise par l'administration sans entendre au préalable la personne qui est susceptible d'être lésée dans ses intérêts moraux ou matériels par cette mesure* »⁴⁵⁹. Le système français serait en conséquence amené à relativiser le critère de la nature de la mesure pour la limiter aux seules mesures prises en considération de la personne présentant un degré de gravité suffisant. G. Isaac envisageait déjà cette hypothèse, avant l'extension du principe par le droit écrit, en

⁴⁵⁸ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen, op. cit.*, p. 1360. F. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, Larcier, CUP, 2014, p.71 et ss. ; Voir aussi la décision du Conseil du contentieux des étrangers, 27 août 2014, n° 128.272.

⁴⁵⁹ CE, sect., 9 mai 1980, n° 10404, *Société des établissements Cruse fils et frères*, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1980, p. 482, conclusions GENEVOIS ; *D.*, 1980, IR, p. 557, obs. P. DELVOLVVÉ.

affirmant que « *des deux conditions initiales de l'obligation pour l'administration de respecter une procédure contradictoire – le caractère de sanction et celui de gravité de la mesure – seule la seconde peut logiquement substituer, sous peine pour le juge administratif de méconnaître le fondement de sa propre démarche* »⁴⁶⁰. Une tentative d'élargissement s'est produite lors de l'adoption de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. L'Assemblée nationale avait voulu étendre l'application de cette procédure à toutes les décisions défavorables qu'elles soient motivées ou non⁴⁶¹ sans se rattacher à la loi du 11 juillet 1979. Cette proposition a également été formulée dans le cadre de l'élaboration du code des relations entre le public et l'administration. Par un avis du 10 février 2015, la Commission supérieure de codification avait recommandé, dans souci de simplification et d'harmonisation du droit, l'adoption d'un article disposant que, « *exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles défavorables n'interviennent qu'après le respect de la procédure contradictoire (...)* »⁴⁶², sans référence aux décisions devant être motivées. Si ces propositions avaient été adoptées, le droit français se serait aligné sur le standard des divers droits étrangers. Sans s'intéresser à la question de savoir si une telle proposition entrerait dans le champ de l'habilitation accordée au Gouvernement⁴⁶³, il semble que ce dernier n'ait pas souhaité procéder à cette extension qui aurait obligé le juge à définir les contours lui-même de cette notion de « décisions individuelles défavorables » qui, en dehors des cas limitativement énumérés à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration, ne fait actuellement l'objet d'aucune définition juridique. Cette difficulté est soulevée par B. Bachini et P. Trouilly pour qui, « *si la proposition de la Commission supérieure de codification avait été retenue, deux acceptions différentes de la notion auraient été appelées à coexister : d'une part, la décision individuelle défavorable lato sensu, notion inédite dont les contours auraient dû être définis par la jurisprudence et qui aurait déterminé le champ de la procédure contradictoire préalable ; d'autre part, la décision individuelle au sens du nouvel article L. 211-2 du code, qui aurait, comme auparavant, déterminé celui de l'obligation de motivation. Une telle situation n'aurait, dès lors, pas été sans inconvénients en termes d'intelligibilité du droit et de sécurité juridique* »⁴⁶⁴. Or, pour la Commission supérieure de codification, cette notion de mesure individuelle défavorable avait le mérite de renvoyer

⁴⁶⁰ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 396.

⁴⁶¹ *Idem*.

⁴⁶² COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Rapport annuel 2015*, vingt-sixième rapport annuel, Les éditions des journaux officiels, 2015 p. 44-45.

⁴⁶³ Voir notamment B. BACHINI et P. TROUILLY, « Les procédures contradictoires dans le code des relations entre le public et l'administration : de la clarté dans la continuité », op. cit., p. 23.

⁴⁶⁴ *Idem*.

« implicitement mais nécessairement tant à l'appréciation d'une situation personnelle qu'aux conséquences d'une certaine gravité »⁴⁶⁵. Il s'agissait ni plus ni moins de reprendre la notion déjà existante de mesure prise en considération de la personne et de s'y limiter. Le droit français reste encore très imprégné des applications *in abstracto* des principes qu'il définit, ce qui est facilité par l'usage principal du critère de la nature de la mesure⁴⁶⁶. Retenir le seul critère de l'atteinte à un droit ou une situation acquise impliquerait une casuistique moins favorable à l'intelligibilité du dispositif.

72. Il reste tout de même possible d'identifier trois arrêts du Conseil d'État qui semblent se fonder en apparence sur un critère essentiel de la gravité de la mesure, sans évoquer la nature de celle-ci. En 1999, la haute juridiction administrative a jugé que la décision par laquelle l'administration accepte une concentration économique à la condition que l'opérateur cède une part de ces actifs, sans que ces cessions puissent être faites au profit d'autres opérateurs nommément désignés, ne peut légalement intervenir sans que ces derniers disposent du droit d'émettre leurs observations, « compte tenu de ce que cette décision [les prive] de la possibilité de se porter acquéreur » des actifs en cause⁴⁶⁷. En 2006, il réitère cette jurisprudence lorsqu'il exige que le preneur d'un bail rural soit mis en mesure de présenter ses observations, avant que le préfet délivre au propriétaire l'autorisation de le résilier, en se fondant sur le fait que « l'autorisation (...) a pour effet de priver le preneur du droit d'utiliser et d'exploiter les parcelles ». Il appartient dès lors « au préfet de s'assurer que la résiliation du bail ne porte pas une atteinte excessive à la situation du preneur »⁴⁶⁸. Si le Conseil d'État n'évoque pas la nature de la mesure, le doute reste permis, puisque les deux commissaires du Gouvernement, J.-H. Stahl⁴⁶⁹ et D. Chauvaux⁴⁷⁰, proposaient de rattacher cette solution à la catégorie des mesures prises en considération de la personne en cause. La mesure aurait alors une double

⁴⁶⁵ COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Rapport annuel 2015*, *op. cit.*, p. 44-45.

⁴⁶⁶ F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *op. cit.*, p. 46 et s. : « Il nous semble que si votre jurisprudence éprouve parfois des difficultés à énoncer des critères synthétiques permettant de déterminer s'il y a lieu ou non de faire jouer le principe général des droits de la défense dans la procédure administrative, c'est que depuis la décision Trompier-Gravier elle se fonde principalement sur l'analyse de la nature de l'acte en cause. Cette approche est à la fois la plus naturelle, du moins pour une première approche, et la plus conforme aux spécificités du droit administratif, mais, lorsqu'il s'agit d'appréhender des cas particuliers, originaux ou atypiques, elle impose des contorsions délicates. La jurisprudence s'est d'ailleurs partiellement affranchie de cette approche en prenant en considération les motifs qui ont inspiré l'auteur de l'acte ».

⁴⁶⁷ CE, sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, *Rec.*, p. 117 ; *RFDA*, 1999, p. 769, conclusions J.-H. STAHL.

⁴⁶⁸ CE, 20 décembre 2006, n° 259019, Matringhem, *AJDA*, 2007, p. 371, conclusions D. CHAUVAUX.

⁴⁶⁹ J.-H. STAHL, conclusions sur CE, sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, *RFDA*, 1999, p. 769.

⁴⁷⁰ D. CHAUVAUX, conclusions sur CE, 20 décembre 2006, Matringhem, *AJDA*, 2007, p. 371.

nature. Alors que pour le destinataire de la mesure, elle constitue une autorisation, pour le tiers, elle constitue une mesure défavorable. Il en va de même dans l'arrêt d'assemblée « Société NC Numericable » du 21 mars 2016⁴⁷¹, où le juge s'est prononcé sur l'acte de droit souple que constitue la prise de position de l'Autorité de la concurrence sur la demande de la société Groupe Canal Plus concernant, dans le cadre du suivi des injonctions relatives à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canalsatellite par Vivendi et GCP, l'incidence d'une fusion des plateformes propriétaires de Numericable et de SFR. Le juge s'est borné à constater que les droits de la défense de la Société NC Numericable n'ont pas été méconnus, puisque la société a été effectivement entendue. Mais se posait la question de savoir sur quel fondement cette société disposait d'un droit d'être entendu préalablement à une prise de position concernant directement le Groupe Canal Plus. Il faut alors se référer aux conclusions du rapporteur public V. Daumas qui considère que la mesure entre dans le champ d'application du principe car « *la prise de position attaquée procède d'une appréciation du comportement de Numericable sur les marchés et elle produit à son égard (...) des conséquences d'une certaine gravité* ». Cela signifie que la prise de position constitue vis-à-vis de la société Numericable ici encore une mesure prise en considération de la personne. L'idéal aurait bien entendu été que le juge se prononce plus clairement.

Ces jurisprudences toutes spécifiques tendant à revenir également sur une autre caractéristique du droit français, à savoir la règle selon laquelle le principe bénéficie aux personnes intéressées, qualité normalement limitée au destinataire d'une mesure défavorable.

B – Le bénéfice de la contradiction subordonné à la notion de « personne intéressée »

73. La notion de personne intéressée n'a pas une existence uniforme. Alors que le droit français se distingue par une acception en principe limitée de la notion (1), différents systèmes juridiques étrangers démontrent qu'une définition plus extensive est envisageable (2).

⁴⁷¹ CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Sté NC Numéricable, *Rec.*, *RFDA*, 2016, p. 506, conclusions V. DAUMAS ; *AJDA*, 2016, p. 717, chronique L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET.

1) *La notion de personne intéressée en principe limitée au destinataire de la mesure en droit interne*

74. Dans le cadre de ses sources jurisprudentielles et textuelles, le droit d'émettre des observations préalables ne concerne en principe que la personne directement visée par la mesure en cause. Seul le destinataire d'une mesure individuelle qui lui est défavorable est fondé à contester l'omission de cette procédure. Un tiers, éventuellement affecté par la décision dans ses droits ou dans ses intérêts, ne dispose d'aucun droit à présenter son point de vue. Ne lui est ouvert que le droit au recours *a posteriori*, qu'il soit administratif ou contentieux. Il faut relever tout de même que dans l'hypothèse où un tiers forme un recours administratif à l'encontre d'une décision individuelle créatrice de droits, l'administration se doit de mettre le destinataire de la mesure à même de présenter ses observations, si les conséquences du recours entraînent le retrait de cette décision⁴⁷².

Cet état du droit positif est à mettre en lien avec les critères du champ d'application du principe. Puisque ce n'est pas le critère des effets de la mesure sur les situations individuelles qui prime, la situation d'un tiers n'a pas à être protégée. Ce n'est que le destinataire de la mesure, d'une nature particulière, qui est fondé à protéger ou à défendre en amont sa situation. Il faut partager le regret exprimé par P. Idoux pour qui « *le risque est en effet d'adopter une décision dont les effets sur les tiers n'auront pas été intégrés aux motifs débattus en amont et justifieront parfois une mise en cause de l'acte* »⁴⁷³. Mais si la notion de personne intéressée n'est pas largement entendue, c'est que le droit positif souhaite limiter les contraintes pesant sur l'administration, qui peut toujours sur la base d'une démarche volontaire entendre les tiers de manière facultative.

75. Néanmoins, plusieurs éléments juridiques montrent que ce cercle étroit des personnes intéressées a vocation à être quelque peu relativisé.

Le bénéfice de la procédure contradictoire a tout d'abord semblé être élargi aux tiers par le décret du 28 novembre 1983. La doctrine a cru y déceler une distinction entre deux

⁴⁷² CE, 3 septembre 2009, req. n° 301095, *AJDA*, 2009, p. 2288, conclusions R. KELLER : « *lorsque l'administration est saisie d'un recours contre une décision individuelle créatrice de droit, elle doit recueillir les observations du bénéficiaire de cette décision* ».

⁴⁷³ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 457.

catégories de titulaires du droit de présenter ses observations : la personne « intéressée » et la personne « concernée ». En effet, l'article 8 dudit décret disposait dans son premier alinéa que, sauf exceptions, « *les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 susvisée ne peuvent légalement intervenir qu'après que l'intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites* » et, dans son deuxième alinéa, que « *toute personne qui est concernée par une décision mentionnée au premier alinéa du présent article doit être entendue, si elle en fait la demande, par l'agent chargé du dossier ou, à défaut, par une personne habilitée à recueillir ses observations orales* ». Tel qu'interprété par des auteurs comme J.-M. Auby, B. Delaunay et D. Maillard Desgrées du Loû, cet article opérerait une différence de droits entre ces deux catégories de personnes. La personne « intéressée », qui est seule destinataire de la décision, disposerait du droit d'émettre, cumulativement ou alternativement⁴⁷⁴ des observations écrites et/ou orales⁴⁷⁵. Parallèlement, les personnes « concernées » par la décision, affectées de façon suffisante⁴⁷⁶ mais non destinataire de celle-ci, ne disposeraient que du seul droit d'être entendu oralement sur leur demande⁴⁷⁷ ; demande ne pouvant être refusée⁴⁷⁸. Cette position doctrinale a pu être confortée par la position de l'Inspection générale de l'administration qui, dans son rapport sur la préparation de la mise en œuvre du décret du 28 novembre 1983, affirmait que la notion de personne concernée incluait, « *outré les intéressés, les tiers, sur la situation desquels la décision est susceptible d'exercer des répercussions* »⁴⁷⁹. Cependant, cette notion de personne « concernée » ne va pas s'imposer pour trois raisons. En premier lieu, M. Le Clainche et C. Wiener font remarquer que cette notion est « *très largement – et parfois délibérément* » ignorée par l'administration⁴⁸⁰ qui dénie aux tiers un droit d'émettre des observations orales. En deuxième lieu, si la jurisprudence ne donne pas d'exemple en matière de droits de la défense⁴⁸¹, elle interprète de manière restrictive la loi du 11 juillet 1979 en ce qu'elle impose une motivation uniquement pour les décisions défavorables aux destinataires directs⁴⁸², ce qui exclut les tiers. En dernier lieu, et de manière juridiquement plus certaine,

⁴⁷⁴ Voir *infra*. Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁴⁷⁵ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷⁶ *Idem.*

⁴⁷⁷ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 47 ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷⁸ J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *op. cit.*, p. 126.

⁴⁷⁹ INSPECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION, *Rapport sur la préparation de la mise en œuvre du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers*, mai 1984, p. 12 ; cité par B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁸⁰ M. LE CLAINCHE et C. WIENER, « Du fatalisme au volontarisme », *RFAP*, Janvier-Mars, 1988, p. 89.

⁴⁸¹ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁸² CE, 19 janvier 1990, Mme Bodin, *Rec.*, tables, p. 533 ; *AJDA*, 1990, p. 93, chron. HONORAT et BAPTISTE.

l'ambiguïté⁴⁸³ a été levée, puisqu'il n'est plus fait mention de la notion de personne concernée à l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 puis désormais à l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration. Il est simplement prévu que « *les décisions individuelles (...) n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales* ».

C'est principalement par trois arrêts du Conseil d'État, précédemment envisagés, que le droit réintègre tout de même certains tiers à la décision dans le champ des personnes intéressées. Dans l'arrêt « Interbrew »⁴⁸⁴, rendu en 1999, le Conseil d'État juge qu'une entreprise tierce, nommément désignée dans la décision administrative, doit être mise en mesure de présenter ses observations avant que l'administration accepte une concentration économique à la condition que l'opérateur en cause cède une part de ces actifs, sans que cette entreprise tierce puisse les acquérir. En 2006, dans l'arrêt « Matringhem », le Conseil d'État procède de même pour le preneur d'un bail rural, avant que le préfet délivre au propriétaire l'autorisation de le résilier⁴⁸⁵. Cette situation s'est encore présentée dans l'arrêt « Société NC Numericable » du 21 mars 2016⁴⁸⁶, où le juge administratif applique les droits de la défense à une société impliquée par une prise de position de l'Autorité de la concurrence rendu à la suite d'une demande de la société Groupe Canal Plus concernant, dans le cadre du suivi des injonctions relatives à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et GCP, l'incidence d'une fusion des plateformes propriétaires de Numericable et de SFR. En proposant de retenir la qualification de mesure prise en considération de la personne, les deux commissaires du Gouvernement, J.-H. Stahl⁴⁸⁷ et D. Chauvaux⁴⁸⁸, statuant sur les premières affaires, dénie à ces personnes la qualité de tiers. De son côté V. Daumas⁴⁸⁹ justifie l'application de l'exigence compte tenu de la gravité des effets et de l'appréciation d'une situation personnelle sur la société NC Numericable. Le Conseil d'État n'ayant pas repris explicitement les analyses proposées dans ces conclusions, et préférant se placer sur le terrain des effets de la décision sur ces personnes, le doute reste permis quant à savoir si le juge administratif considère ces personnes comme des tiers ou des destinataires de la décision.

⁴⁸³ B. DELAUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *op. cit.*, p. 1226.

⁴⁸⁴ CE, sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, *Rec.*, p. 117 ; *RFDA*, 1999, p. 769, conclusions J.-H. STAHL.

⁴⁸⁵ CE, 20 décembre 2006, n° 259019, Matringhem, *AJDA*, 2007, p. 371, conclusions D. CHAUVAUX.

⁴⁸⁶ CE, ass., 21 mars 2016, Sté NC Numéricable, n° 390023: *Rec.*, *RFDA*, 2016, p. 506, conclusions V. DAUMAS ; *AJDA*, 2016, p. 717, chronique L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET.

⁴⁸⁷ J.-H. STAHL, conclusions sur CE, sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, *op. cit.*, *RFDA*, 1999, p. 769.

⁴⁸⁸ D. CHAUVAUX, conclusions sur CE, 20 décembre 2006, *op. cit.*, *AJDA*, 2007, p. 371.

⁴⁸⁹ V. DAUMAS, conclusions sur CE, ass., 21 mars 2016, Sté NC Numéricable, *RFDA*, 2016, p. 506.

Enfin, certaines procédures contradictoires organisées au sein des autorités administratives indépendantes associent les tiers. Cette situation apparaît clairement lorsque ces autorités sont chargées de trancher un litige entre plusieurs parties opposées. Il en va spécialement ainsi au sein de l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle est saisie par une entreprise visant à mettre fin ou à sanctionner une pratique anti-concurrentielle d'une autre entreprise. Si l'application classique de la procédure contradictoire n'impliquerait que l'audition de l'entreprise visée lorsque l'Autorité prononcerait une sanction ou une mesure conservatoire, le code de commerce organise l'audition contradictoire de l'ensemble des « parties » au litige, à l'instar de ce que ferait un juge pour trancher le même litige. L'article L. 463-2 du code de commerce dispose ainsi que « *le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigné par lui notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier (...) et présenter leurs observations dans un délai de deux mois. Les entreprises destinataires des griefs signalent sans délai au rapporteur chargé du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés (...). Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. Les parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent* ».

Ces hypothèses démontrent que la notion de personne intéressée peut s'ouvrir ponctuellement à des personnes tierces à la décision, ce qui rapproche le droit français de certains droits étrangers.

2) Une acception parfois extensive de la notion en droit comparé

76. Différents droits étrangers ouvrent les droits de la défense au profit des tiers à une décision administrative. La notion de personne intéressée est alors conçue de manière plus ou moins large. En Grèce, l'application des droits de la défense est de droit pour le destinataire de

la mesure, et subordonnée à une demande écrite pour le tiers concerné⁴⁹⁰. Le droit britannique applique le principe aux personnes affectées par une décision, qu'il s'agisse du destinataire, principalement, ou du tiers concerné, plus exceptionnellement⁴⁹¹. Pour ce qui concerne le droit allemand, deux groupes de personnes intéressées peuvent revendiquer leur droit à audition préalable. Sont participants de plein droit en qualité de parties à la procédure, comme l'expose G.-H. Kemper⁴⁹², « *le destinataire de l'acte, l'auteur de la demande et, le cas échéant, celui qui s'y oppose ainsi que le partenaire d'un contrat en droit public* ». Cette catégorie peut inclure la présence d'un tiers si celui-ci manifeste son opposition préalable à la mesure. D'autres tiers peuvent également être entendus, mais seulement à la suite d'une invitation à participer de l'administration. Il s'agit des « *personnes dont les intérêts légitimes peuvent être atteints ou modifiés* » ou « *lorsque la décision à prendre préjugera une décision future vis-à-vis d'un tiers* »⁴⁹³. En Italie, la notion de personne intéressée est plus large. L'administration doit impérativement entendre tant les destinataires que « *les personnes distinctes des destinataires directs quand l'acte envisagé est susceptible de causer un préjudice à des personnes déterminées ou déterminables* » selon les termes de l'article 7 de la loi relative à la procédure administrative⁴⁹⁴. À défaut, ont simplement la faculté d'intervenir les personnes titulaires d'un intérêt si un préjudice peut découler de l'acte⁴⁹⁵. Le droit espagnol définit encore plus largement le cercle des personnes intéressées, puisque disposent du droit d'être entendu tant le destinataire de l'acte, que les tiers dont les droits ou les intérêts légitimes sont affectés⁴⁹⁶. Le droit latino-américain reprend ce modèle. L'exemple du Costa-Rica, fourni par A. R. Brewer-Carias, s'y inscrit puisque la notion de parties à la procédure administrative recouvre le destinataire et « *tous les autres administrés qui peuvent se trouver affectés par l'acte administratif* »⁴⁹⁷.

Pour comprendre le choix de ces acceptions plus larges de la notion de personne intéressée retenue par ces droits étrangers, il faut encore en revenir au critère qu'ils ont adopté pour l'application de la procédure contradictoire devant l'administration active. Ce critère étant celui des effets de la mesure sur la situation individuelle d'un administré, il est cohérent que

⁴⁹⁰ M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, op. cit., p. 159 s. ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 1371.

⁴⁹¹ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 218.

⁴⁹² G.-H. KEMPER, « Droit de la défense et "rechtliches Gehör" devant l'administration et les tribunaux administratifs allemands », in *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, étude du Conseil d'État, La documentation française, 1995, p. 592-593.

⁴⁹³ *Idem.*

⁴⁹⁴ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, op. cit., p. 219.

⁴⁹⁵ *Idem.*

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ A.-R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 123.

toute personne, voyant ses droits ou ses intérêts affectés par une décision, soit fondée à présenter préalablement son point de vue ; que cette personne soit destinataire ou tiers vis-à-vis de la mesure. Seules des variations dans les modalités d'application du principe peuvent être opérées entre ces deux catégories de personnes intéressées. Si le destinataire de la décision est toujours invité d'office à émettre ses observations, le tiers intéressé doit parfois en faire la demande lui-même, comme le démontre l'exemple du droit grec⁴⁹⁸.

77. Quelles que soient ces différences de champ d'application matériel et personnel, en droit français comme en droits externes, la contradiction vise simplement la participation des personnes physiques ou morales aux décisions qui les concernent individuellement. La procédure contradictoire s'analyse comme une protection attachée à la personne en vue de défendre ses intérêts à l'encontre d'un projet de décision individuelle défavorable. Pendant longtemps, excepté le cas particulier des enquêtes publiques⁴⁹⁹, ce dispositif de la procédure contradictoire a constitué le seul instrument permettant une participation directe du citoyen à l'élaboration de la décision administrative. Jusque dans les années 1980, et même encore maintenant dans de nombreuses situations, la participation du citoyen à l'organisation et à la gestion du service public n'est organisée qu'indirectement par le recours à la représentation de ses intérêts.

Section 2 : La participation régulière des représentants d'intérêts à l'organisation et à la gestion du service public

78. « *On entend par participation indirecte les procédés qui tendent à associer les administrés à la prise de décision mais par le biais unique d'une représentation de leurs intérêts. La participation est donc ici médiatisée* »⁵⁰⁰. S'il n'en a pas toujours été ainsi, la représentation du citoyen et plus largement de la société civile est un phénomène aujourd'hui bien implanté en droit administratif, aussi bien dans le cadre de l'administration consultative

⁴⁹⁸ M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, op. cit., p. 159 s. ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, op. cit., p. 1371.

⁴⁹⁹ Voir *infra*, n° 162.

⁵⁰⁰ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 318.

que dans la cogestion. Son développement s'est opéré progressivement. Historiquement, les partenaires économiques et sociaux, à savoir les organismes professionnels et les syndicats d'employeurs, de salariés et de travailleurs indépendants, ont été les premiers interlocuteurs reconnus officiellement par l'administration et invités à ce titre à participer à la définition ou à la mise en œuvre des politiques publiques en matière économique et sociale. En témoigne l'institution du Conseil national économique en 1925⁵⁰¹, ancêtre de l'actuel Conseil économique, social et environnemental. Ce n'est que plus récemment, à partir des années 1960, que la représentation de la société civile a été ouverte aux différents mouvements associatifs, compte tenu de leur essor plus tardif. À l'instar des organisations professionnelles et syndicales chargées de la défense des intérêts économiques et sociaux, les associations assurent, en complément de leurs activités à destination de leurs membres ou de tiers, la promotion ou la défense d'intérêts collectifs ou objectifs devant les pouvoirs publics, à titre de *lobbies* ou d'interlocuteurs officiels de l'administration. Ces associations sont ainsi invitées à participer à l'action des autorités administratives dans les domaines de la protection des consommateurs⁵⁰²,

⁵⁰¹ Décret du 16 janvier 1925 instituant le Conseil national économique, *JO*, 17 janvier 1925, p. 698.

⁵⁰² Le développement des associations de consommateurs s'est essentiellement amorcée à partir des années 1950, même si des prémices étaient déjà à l'œuvre à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle avec la constitution dans les grandes villes des ligues d'acheteuses, de consommateurs et d'usagers et de la Confédération générale de la consommation en 1927. Pour accompagner le développement de la politique publique de protection des consommateurs à l'heure où s'organise la société de consommation, les pouvoirs publics encouragent la création d'associations de défense des intérêts des consommateurs face à la toute-puissance des professionnels. Au sein du Comité national de la productivité, organe rattaché au ministère de l'Économie nationale, est créée en 1951 l'association Union fédérale de la consommation, devenue Union fédérale des consommateurs (UFC). Le mouvement de défense des consommateurs prend son essor avec la naissance de la société de consommation dans les années 1960-1970. Il s'est développé dans le cadre de trois grands courants, les mouvements consumériste, familial et syndical.

de l'environnement⁵⁰³, de la santé publique⁵⁰⁴ ou encore du sport. On le voit, l'administration peut compter sur une multitude de corps intermédiaires constitués au sein de la société civile. Les individus ont en effet une propension toute naturelle à se regrouper pour défendre leurs intérêts collectifs. Outre la représentation de ces différents groupes d'intérêts organisés, la participation indirecte peut également s'ouvrir à de simples individualités choisies parmi les usagers d'un service public, dans les domaines de l'action sociale et médico-sociale ou de l'enseignement, voire les habitants d'une collectivité territoriales. Dans l'ensemble, la représentation de ces différents acteurs apparaît comme largement assurée (§ 1). Toutefois, compte tenu de son caractère restreint, la participation indirecte est nécessairement sélective (§ 2).

⁵⁰³ Le rôle de parties prenantes des associations de protection de l'environnement a été reconnu dès le premier décret d'organisation des services du ministre chargé de l'Environnement du 2 avril 1971 (décret n° 71-245 du 2 avril 1971 portant organisation des services du ministre délégué chargé de la protection de la nature et de l'environnement, JO, 3 avril 1971, p. 3170) dont l'article 6 disposait que le ministère établit des « *relations avec les associations de protection de la nature et de promotion de l'environnement* ». Ce texte accompagne le développement du mouvement associatif dans le domaine de la protection de l'environnement, à partir de la fin des années 1960, en lien avec la naissance des préoccupations environnementales dans l'opinion publique. L'origine de ce mouvement est toutefois plus ancienne. Elle remonte au milieu du XIX^e siècle, à un moment où apparaît l'écologie dans sa dimension scientifique d'étude dont l'objet consiste à analyser les relations des êtres vivants avec leur environnement ainsi qu'avec les autres êtres vivants. Ainsi, la première association de protection de la nature est la Société Nationale de Protection de la Nature, fondée en 1855. De son côté, la Ligue de Protection des Oiseaux est créée en 1912. Ces associations de première génération peuvent être qualifiées de scientifiques ou de naturalistes. La seconde vague d'associations environnementales, apparue dans les années 1970, se caractérise par une dimension plus militante, au regard des actions plus intensives de *lobbying* auprès des pouvoirs publics et de pressions sur les acteurs économiques. Ainsi, sont créées les associations France Nature Environnement en 1968, Les Amis de la Terre en 1969, Greenpeace en 1971, ou encore Le Fonds Mondial pour la Nature (WWF) en 1973. Cette dimension militante et souvent contestataire a pu créer chez les responsables publics un sentiment de méfiance. Toutefois, leur compétence peut les conduire à assurer des prestations pour le compte des pouvoirs publics, comme la rédaction d'évaluation environnement ou la gestion d'espaces naturels.

⁵⁰⁴ La reconnaissance institutionnelle du phénomène associatif dans le domaine de la santé publique a suivi la phase de développement des associations de défense des patients qui résulte principalement de la médiatisation de divers scandales sanitaires dans les années 1990, qu'il s'agisse des affaires du sang contaminé, des hormones de croissance, de l'amiante ou d'infections nosocomiales. Manifestant le besoin de défendre leurs intérêts et d'obtenir la vérité, les patients et leurs familles se sont schématiquement regroupés au sein d'associations de patients ayant une vocation spécifique avant de s'ouvrir à des patients présentant des pathologies similaires ou proches de celles-ci. Pour un historique détaillé, voir A. BIOSSE DUPLAN, *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, Dunod, 2017, p. 9 et s.

§ 1 - Une représentation largement assurée

79. Définir précisément le domaine de la représentation des intérêts dans le cadre de l'élaboration des décisions administratives se révèle être une tâche délicate tant ses déclinaisons sont multiples. Il n'existe aucun principe général en la matière. La détermination du domaine la représentation des intérêts nécessite ainsi d'étudier chacune des dispositions législatives et réglementaires spéciales l'organisant au cas par cas. Si la participation indirecte du citoyen se décline assez largement aux différents échelons de définition et de mise en œuvre des politiques publiques (1), il existe aussi des situations dans lesquelles elle n'est pas assurée (2).

A – Une représentation assurée aux différents échelons de définition et de mise en œuvre des politiques publiques

80. Lorsqu'elle est organisée juridiquement, la représentation du citoyen et plus largement de la société civile à l'action des autorités administratives se diffuse tant aux échelons de définition des politiques publiques (1), c'est-à-dire au stade de l'élaboration des règles générales à l'échelle nationale ou territoriale, qu'aux échelons de leur mise en œuvre (2) par les autorités administratives compétentes

1) La participation des représentants d'intérêts à la définition des politiques publiques

81. La participation des représentants d'intérêts à la définition des politiques publiques est organisée selon deux approches différentes, selon qu'elle présente un caractère de transversal ou sectoriel. Alors que dans le premier cas, le spectre des intérêts représenté a vocation à être large, il est nécessairement plus réduit dans la seconde hypothèse.

82. Le droit positif assure d'abord la représentation transversale des forces sociales en intégrant leurs représentants au sein d'instances collégiales à caractère consultatif placées

auprès d'autorités à compétence générale ou étendue. Cette situation caractérise un nombre limité d'instances. Au niveau de l'État, nous l'avons vu en introduction⁵⁰⁵, c'est le Conseil économique, social et environnementale qui assure la représentation des forces sociales de la Nation à la définition de la législation et de la réglementation dans les domaines économiques, sociaux et environnementaux, même si sa saisine reste purement facultative dans le cadre de l'élaboration des règlements. Cette représentation des intérêts selon une approche transversale est également assurée à l'échelle des collectivités territoriales ou de leurs groupements. Dans les régions, sont institués depuis 1972⁵⁰⁶ des conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux (CESER)⁵⁰⁷. Ils sont les héritiers des anciennes Commissions de développement économique régional (CODER) créées par le décret du 14 mars 1964⁵⁰⁸. Leurs soixante-neuf à cent-vingt-deux membres sont répartis en quatre collèges, celui des représentants des entreprises et activités professionnelles non salariées, celui des représentants des organisations syndicales de salariés, celui des représentants des organismes et associations qui participent à la vie collective de la région, et celui des personnalités qualifiées qui concourent au développement de la région⁵⁰⁹. À l'échelle de l'action intercommunale, la loi Voynet du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire⁵¹⁰ a institué des comités de développement permettant la représentation des forces vives locales. Initialement, un comité de développement, uniquement composé « *de représentants des milieux économiques, sociaux, culturels et associatifs* », devait être institué dans les aires urbaines comptant au moins 50 000 habitants et une ou plusieurs communes-centre comptant plus de 15 000 habitants en vue d'associer un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre avec des communes non membres de celui-ci. Le comité de développement était alors consulté dans le cadre de l'élaboration du projet

⁵⁰⁵ Voir *supra*, n° 25.

⁵⁰⁶ Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions, *JO*, 9 juillet 1972, p. 7176. Historiquement, le comité économique et social de 1972 est devenu conseil économique et social régional par la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992 p. 2064 (article 24), avant de prendre sa dénomination actuelle de conseil économique, social et environnemental régional par la loi n° 10-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905 (article 250).

⁵⁰⁷ Articles L. 4131-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. Le CESER a pour mission d'informer le conseil régional sur les enjeux et conséquences économiques, sociaux et environnementaux des politiques régionales, de participer aux consultations organisées à l'échelle régionale, ainsi que de contribuer à des évaluations et à un suivi des politiques publiques régionales. Il joue un rôle d'animation et de réflexion dans la vie régionale. Ses attributions sont précisément fixées à l'article L. 4241-1 du même code.

⁵⁰⁸ Décret n° 64-252 du 14 mars 1964 portant création des commissions de développement économique régional, *JO*, 20 mars 1964, p. 2591.

⁵⁰⁹ Article R. 4134-1 du code général des collectivités territoriales.

⁵¹⁰ Article 25 de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO*, 29 juin 1999, p. 9515.

d'agglomération⁵¹¹. En outre, un comité de développement devrait être nécessairement institué à l'échelle des Pays pour l'élaboration du projet commun de développement⁵¹². Suite à l'abrogation du dispositif des Pays par la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales⁵¹³, la loi NOTRe du 5 août 2015⁵¹⁴ a revisité les modalités de création des conseils de développement. Désormais, un conseil de développement, composé « *de représentants des milieux économiques, sociaux, culturels, éducatifs, scientifiques, environnementaux et associatifs* », doit être mis en place dans tous les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 20 000 habitants, ainsi que dans les métropoles du Grand Lyon, d'Aix-Marseille-Provence et du Grand Paris⁵¹⁵. Il est également prévu que des établissements publics contigus peuvent décider de créer et d'organiser un conseil de développement commun compétent pour l'ensemble de leur périmètre⁵¹⁶. Parallèlement, un conseil de développement doit être institué auprès des Pôles d'équilibre territorial et rural⁵¹⁷, créés par la loi « MAPTAM » du 27 janvier 2014⁵¹⁸ en remplacement des Pays. Si ce dispositif n'a pas été organisé pour les Pôles métropolitains, qui organisent la coopération entre grandes aires urbaines, rien n'empêche ces structures d'organiser librement une forme d'association de leurs forces vives. Seuls les échelons départementaux et communaux ne connaissent pas de tels organes collégiaux à caractère consultatif chargés d'assurer la représentation transversale des acteurs locaux à la définition de leurs politiques publiques.

⁵¹¹ Le conseil de développement était consulté sur l'élaboration du projet d'agglomération et sur toute question relative à l'agglomération, notamment sur l'aménagement et sur le développement de celle-ci.

⁵¹² Le conseil de développement devait aussi être consulté sur toute question relative à l'aménagement et au développement du pays, être informé au moins une fois par an de l'avancement des actions engagées par les maîtres d'ouvrage pour la mise en œuvre du projet de développement du pays et être associé à l'évaluation de la portée de ces actions.

⁵¹³ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO*, n° 0292, 17 décembre 2010, p. 22146 (article 51). S'il n'est aujourd'hui plus possible de créer de nouveaux Pays, le législateur a tout de même prévu que « *les contrats conclus par les pays antérieurement à cette abrogation sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance* ».

⁵¹⁴ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JO*, n° 0182, 8 août 2015, p. 13705 (article 88).

⁵¹⁵ Articles L. 5211-10-1, L. 5218-10 et L. 5219-7 du code général des collectivités territoriales. Le conseil de développement est consulté sur l'élaboration du projet de territoire, sur les documents de prospective et de planification résultant de ce projet, ainsi que sur la conception et l'évaluation des politiques locales de promotion du développement durable du périmètre de l'établissement public de coopération intercommunale. Il peut en outre donner son avis ou être consulté sur toute autre question relative à ce périmètre. Enfin, il établit un rapport d'activité, qui est examiné et débattu par l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale.

⁵¹⁶ Article L. 5111-10-1 du code général des collectivités territoriales.

⁵¹⁷ Articles L. 5741-1 et 2 du code général des collectivités territoriales.

⁵¹⁸ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *JO*, n° 0023, 28 janvier 2014, p. 1562 (article 72).

83. Parallèlement, la participation des représentants d'intérêts à la définition des politiques publiques s'opère dans le cadre d'une multitude de dispositifs institués selon une approche sectorielle. À cette échelle, il n'est naturellement pas question d'organiser une représentation transversale des intérêts. Chaque intérêt a vocation à être représenté uniquement lorsqu'il entre dans le champ de la politique publique sectorielle concernée. Le fondement de la participation des représentants d'intérêts réside dans leur qualité de parties prenantes. Ainsi, le domaine du travail et de la sécurité sociale s'ouvre aux syndicats d'employeurs, des professions indépendantes et des employés qui sont invités à participer. Le domaine de la régulation économique permet quant à lui la représentation des acteurs professionnels. On parle à ce titre du développement depuis l'après-guerre d'une « *économie concertée* »⁵¹⁹. Dans le domaine de la consommation, le droit de participer est reconnu à ces mêmes acteurs professionnels ainsi qu'aux représentants des consommateurs essentiellement issus du mouvement associatif. De la même façon, les domaines de l'environnement, de la santé publique, de l'action sociale et médico-sociale ou encore du sport accordent une large place aux représentants des associations intervenant dans ces secteurs respectifs. De son côté, le domaine de l'enseignement s'ouvre plus directement à la représentation des usagers à ce même échelon de la définition des politiques publiques⁵²⁰. Ce schéma induit la rencontre de ces intérêts lorsque la politique publique concernée présente un caractère de transversalité. Sans employer explicitement cette expression, le droit positif organise une « *qualité à participer* »⁵²¹. L'existence de ce concept résulte du constat évident selon lequel la participation indirecte s'adresse nécessairement aux représentants des corps sociaux concernés par l'action administrative. La qualité à participer est la qualité sur laquelle se fonde objectivement le législateur pour reconnaître le droit de participer.

La participation des représentants d'intérêts prend alors deux formes juridiques différentes. Elle prend ponctuellement la forme de consultations individualisées. Nous avons déjà pu voir que, dans le domaine de la réglementation des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, la participation des organisations syndicales s'opère par la voie de la concertation et de la négociation sociale⁵²². De la même

⁵¹⁹ F. BLOCH-LAÏNÉ, *À la recherche d'une économie concertée*, Editions de l'Épargne, 3^e édition, 1964 ; J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Publications de la faculté de Droit d'Amiens*, n° 1, 1971-1972, p. 68.

⁵²⁰ Voir *infra*, n° 109.

⁵²¹ Pour une approche théorique du concept, voir Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 445 et s.

⁵²² Voir *supra*, n° 26.

façon, dans le domaine économique, les ordres professionnels sont consultés préalablement à l'édition des codes de déontologie⁵²³, véritables actes administratifs unilatéraux⁵²⁴ énonçant les droits et obligations des membres de la profession concernant la profession. Il en va de même des chambres professionnelles, à savoir les réseaux des chambres des commerces et d'industrie, des chambres des métiers et d'artisanat et des chambres d'agriculture, organisés à l'échelon territorial et national pour encadrer et organiser un ensemble de professions. Comme les ordres professionnels, les chambres professionnelles participent à l'élaboration de certaines décisions administratives prises par des autorités tierces dans le cadre de leur rôle de représentation des intérêts des professions auprès des pouvoirs publics⁵²⁵ et plus concrètement de leurs attributions consultatives⁵²⁶. Plus fréquemment, la représentation des intérêts à la définition des politiques publiques s'organise au sein d'organes collégiaux consultatifs paritaires placés auprès des ministres et dont la composition est plus ou moins paritaire. Il en existe de très nombreuses illustrations de sorte qu'il est très délicat, voire impossible, de recenser tous les organismes consultatifs associant la société civile tant leur nombre est important. Malgré un effort constant de réduction de cette « polysynodie », les pouvoirs publics ont toujours tendance à créer de nouvelles instances consultatives. Cette administration consultative, en allant de la simple « commission technique » au plus éminent « conseil supérieur » en passant par les divers « comités et conseils nationaux », s'est particulièrement développée depuis l'entre-deux-guerres, dans les domaines de la régulation de l'économie nationale et des marchés sectoriels (par exemples les domaines des transports⁵²⁷, de la

⁵²³ Alors qu'ils étaient initialement rédigés par les ordres professionnels sous le régime de Vichy, faisant réapparaître le spectre du corporatisme, les codes de déontologie sont désormais adoptés le plus souvent sous forme de décrets dont le contenu est préparé, rédigé ou proposé par l'ordre. Voir notamment D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, LexisNexis, 2012, p. 166.

⁵²⁴ CE, 9 juin 1950, Chambre syndicale des experts en objets d'art, *Rec.*, 1955, p. 355.

⁵²⁵ Article L. 710-1 du code de commerce ; article L. 510-1 du code rural et de la pêche ; article 5 du code de l'artisanat.

⁵²⁶ Par exemple, en qualité de personnes publiques associées (article L. 132-7 du code de l'urbanisme), les chambres professionnelles sont consultées préalablement à l'enquête publique requise lors de l'élaboration et de la révision des plans locaux d'urbanisme et des schémas de cohérence territoriale et peuvent demander à être consultées tout au long de la procédure (article L. 132-11). S'agissant des cartes communales, il est prévu un dispositif de consultation des seules chambres d'agriculture (article L. 163-4). Pour citer d'autres exemples, les chambres consulaires sont consultées préalablement à l'adoption des schémas régionaux de développement économique (article L. 4251-14) et des zones de circulation restreinte (article L. 2213-4-1). Ces attributions consultatives complètent les compétences propres des chambres professionnelles également créées pour contribuer au développement du territoire et au développement économique des entreprises (rôle de conseil, d'information économique et de formation) et éventuellement pour assurer en concession la gestion d'espaces économiques. Ainsi, les chambres de commerce et d'industrie peuvent assurer en concession la gestion de ports, aérodromes, aéroport.

⁵²⁷ Le Conseil supérieur de l'aviation civile (article D. 370-4 du code de l'aviation civile) et l'ancien Conseil national des transports (supprimé par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, n° 0160, 13 juillet 2010, p. 12905, article 251).

construction⁵²⁸, de l'énergie⁵²⁹, de l'économie sociale et solidaire⁵³⁰ ou agricole⁵³¹), de la protection des consommateurs⁵³², de la protection de l'environnement⁵³³, de la santé publique⁵³⁴, de l'action sociale et médico-sociale⁵³⁵, de l'enseignement⁵³⁶ ou encore du sport⁵³⁷.

⁵²⁸ Le Conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique (article D. 142-16 du code de la construction et de l'habitation).

⁵²⁹ Le Conseil supérieur de l'énergie (article R. 142-22 du code de l'énergie).

⁵³⁰ Le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire et ses chambres régionales (loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JO*, n° 0176, 1^{er} août 2014, p. 12666, article 6 ; décret n° 2015-732 du 24 juin 2015 relatif au Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, *JO*, n° 0146, 26 juin 2015, p. 10774, article 1^{er}).

⁵³¹ Le Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire (article D. 611-1 du code rural et de la pêche).

⁵³² Le Conseil national de la consommation (décret n° 60-1390 du 19 décembre 1960, relatif au comité national de la consommation, *JO*, 24 décembre 1960, p. 1168 ; décret n° 83-642 du 12 juillet 1983 portant création d'un conseil national de la consommation, organe consultatif placé auprès du ministre chargé de la consommation, *JO*, 16 juillet 1983, p. 2206), le Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JO*, n° 0192, 21 août 2015, p. 4721), le Comité consultatif du secteur financier (article D. 614-1 du code monétaire et financier), le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (article D. 614-2 du code monétaire et financier) ou encore le Conseil national de l'alimentation (article D. 824-4 du code de la consommation).

⁵³³ Les organes consultatifs institués à l'échelle nationale sont dans ce domaine très nombreux. Peuvent être évoqués le Conseil national de la transition écologique, le Comité national de l'eau, le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sûreté nucléaire, le Conseil national de la mer et des littoraux, le Conseil national du bruit, le Conseil supérieur de l'énergie, le Conseil national de la montagne, le Conseil national des déchets, la Commission des produits chimiques et biocides, le Conseil national de l'air, le Conseil national du paysage, le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, le Comité national de la biodiversité, la Commission des comptes et de l'économie de l'environnement, le Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire, le Comité économique, éthique et social du Haut Conseil des biotechnologies, le Conseil national de la chasse et de la faune sauvage, le Conseil supérieur de la forêt, des produits forestiers et de la transformation du bois, le Comité national de l'initiative française pour les récifs coralliens ou encore les commissions chargées d'élaborer les plans nationaux d'élimination des déchets.

⁵³⁴ La Conférence nationale de santé (articles L. 1411-3 et D. 1411-37 du code de la santé publique), à la Commission nationale des accidents médicaux (article R. 1142-24), le Comité national de l'organisation sanitaire et sociale (article R. 6122-4), le Haut conseil de la santé publique (article R. 1411-47) et le Comité national d'éthique (article L. 1412-2).

⁵³⁵ Le Haut conseil de la famille, de l'enfance et l'âge (article D. 141-2 du code de l'action sociale et des familles), le Haut conseil pour le travail social, le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (article R. 143-2 du code de l'action sociale et des familles), le Conseil d'orientation des politiques de jeunesse (décret n° 2016-1377 du 12 octobre 2016 portant création du Conseil d'orientation des politiques de jeunesse, *JO*, n° 0241, 15 octobre 2016) ou encore le Conseil national consultatif des personnes handicapées (article D. 146-1 du code de l'action sociale et des familles).

⁵³⁶ Le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (articles D. 232-3 et D. 232-14 du code de l'éducation), le Conseil national de la vie lycéenne (article D. 511-60 du code de l'éducation) et le Conseil supérieur de l'éducation (article L. 231-3 du code de l'éducation).

⁵³⁷ Le Conseil national du sport (décret n° 2013-289 du 4 avril 2013 portant création du Conseil national du sport, *JO*, n° 0081, 6 avril 2013, p. 5750, texte n° 23).

2) *La participation des représentants d'intérêts à la mise en œuvre des politiques publiques*

84. Si cette participation indirecte est bien assurée au stade de la définition de ces politiques publiques sectorielles, ce constat s'impose également au stade de leur mise en œuvre, aussi bien dans le cadre de l'administration consultative que dans celui de la cogestion, qui apparaît seulement à cet échelon. Les exemples sont nombreux. Les représentants des employeurs, des travailleurs indépendants et des salariés sont ainsi associés dans la gestion de la Sécurité sociale, au sein des différents organes délibérants établissements publics et des structures associatives chargées de la gestion de ce service public administratif. Les acteurs économiques sont représentés au sein de plusieurs établissements publics nationaux assurant des missions administratives de régulation économique, c'est-à-dire des activités de direction, de réglementation, de police économique des marchés, d'intervention ou de contrôle⁵³⁸. Parallèlement, le législateur a souhaité organiser la représentation des consommateurs et des usagers à la gestion des services publics au sein des conseil d'administration ou de surveillance des entreprises publiques sous statut d'établissements publics chargés de la gestion d'une mission de service public, dans le cadre de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public. En outre, dans de nombreuses autres instances collégiales à caractère décisionnel ou consultatif assurent à l'échelle nationale ou territoriale, la représentation de la société civile dans les domaines de la consommation⁵³⁹, de

⁵³⁸ L'agence Business France (ordonnance n° 2014-1555 du 22 décembre 2014 portant fusion de l'Agence française pour les investissements internationaux et d'UBIFRANCE, Agence française pour le développement international des entreprises, *JO*, n° 0297, 24 décembre 2014, p. 21821), l'Institut national de la propriété industrielle (article R. 822-4 du code de la consommation), l'Agence de service et des paiements (ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009 relative à la création de l'Agence de services et de paiement et de l'Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer, *JO*, n° 0073, 27 mars 2009, p. 5467). Dans le domaine agricole, peuvent être évoqués l'Etablissement national des produits de l'agriculture et de la pêche, dit France Agrimer (ordonnance n° 2009-325 du 25 mars 2009 relative à la création de l'Agence de services et de paiement et de l'Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer, *op. cit.*) et l'Institut national des origines et des qualités (article R. 642-11 du code rural).

⁵³⁹ L'Institut national de la consommation (article L. 822-2 du code de la consommation), la Commission des clauses abusives qui lui est rattachée (ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JO*, n° 0192, 21 août 2015, p. 14721), l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Article R. 1313-4 du code de la santé publique), le Laboratoire national de métrologie et d'essais (article R. 823-2 du code de la consommation) ou encore les commissions de surendettement (article R. 712-2 du code de la consommation).

l'environnement⁵⁴⁰, de la santé⁵⁴¹, de l'action sociale et médico-sociale⁵⁴², de l'enseignement⁵⁴³ ou du sport⁵⁴⁴.

85. Il faut ici souligner le développement de la représentation spécifiques des usagers accueillis ou pris en charge au sein d'institutions chargées d'une mission de services publics dans les domaines de l'enseignement, de l'action sociale et médico-sociale, de la santé, et du sport.

Réclamée par le mouvement étudiant, spécialement lors des évènements de mai 1968, la participation des représentants des étudiants⁵⁴⁵ dans les organes de gestion de l'enseignement supérieur débute par la loi d'orientation sur l'éducation du 12 novembre 1968, dite « loi Edgar Faure »⁵⁴⁶, et plus spécifiquement dans le cadre de son Titre III intitulé « *Autonomie administrative et participation* ». La représentation des étudiants se déploie au sein de la « *communauté universitaire* »⁵⁴⁷ dans les conseils d'administrations des établissements publics

⁵⁴⁰ L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (articles L. 131- 4 et R. 131- 4 du code de l'environnement) et ses commissions nationales des aides (article R. 131- 15 II du code de l'environnement), l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (article L. 1313- 4 du code de la santé publique), l'Agence française pour la biodiversité (article R. 131-28 du code de l'environnement), le Conservatoire de l'espace littoral (article R. 322- 17 du code de l'environnement), ainsi que la multitude d'instances locales dont font partie les commissions consultatives d'élaboration et de suivi du plan de prévention et de gestion des déchets, les comités de pilotage Natura 2000, les comités consultatifs des réserves naturelles, les agences de l'eau, les conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques, les commissions locales d'information des installations nucléaires de base, les commissions consultatives de l'environnement des aéroports, les commissions départementales des risques naturels majeurs, les comités régionaux trames verte et bleue, les commissions départementales de la nature, des paysages et des sites ou encore les commissions départementales d'aménagement foncier.

⁵⁴¹ L'Agence nationale de santé publique (article R. 1413-3 du code de la santé publique), l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (article R. 1142-43), l'Établissement français du sang (articles L. 1222-5 et R. 1222-1), l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (article L. 5322-1), l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Article R. 1313-4), à l'Agence de la Biomédecine (article R. 1418-6), à l'Observatoire des risques médicaux (article D. 1142-64) ou encore dans les conseils de surveillance des agences régionales de santé (articles L. 1432-3 et D. 1432-).

⁵⁴² Les maisons départementales des personnes handicapées (article L. 146-4 du code de l'action sociale et des familles), les conseils départementaux de la citoyenneté et de l'autonomie (article L. 149-1 du code de l'action sociale et des familles) et les commissions pour l'accessibilité des communes et de leurs groupements (article L. 2143-3 du code général des collectivités territoriales).

⁵⁴³ Le Centre national des œuvres universitaires et scolaires et les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires (article L. 822-4 du code de l'éducation).

⁵⁴⁴ Le Centre national pour le développement du sport (article R. 411-3 du code du sport), le musée national du sport (article D. 112-9 du code du sport).

⁵⁴⁵ Sont plus spécifiquement visés les étudiants régulièrement inscrits à l'université, les bénéficiaires de la formation continue et les auditeurs. Article L. 811-1 du code de l'éducation.

⁵⁴⁶ Loi n° 68-978 d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, *JO*, 13 novembre 1968, p. 10579.

⁵⁴⁷ Article L. 111-5 du code de l'éducation : « *Le service public de l'enseignement supérieur rassemble les usagers et les personnels qui assurent le fonctionnement des établissements et participent à l'accomplissement des missions*

à caractère scientifique, culturel et professionnel⁵⁴⁸ qui, selon l'article L. 711-1 du code de l'éducation reprenant la loi « Savary », « *sont gérés de façon démocratique (...). Ils sont autonomes* ». La complémentarité entre autonomie et démocratie traduit la philosophie autogestionnaire qui s'y applique depuis longtemps et qui était initialement limitée aux seuls universitaires. Cette participation des représentants des étudiants se prolonge dans le conseil académique⁵⁴⁹, des instances qui la composent⁵⁵⁰, ainsi que dans les conseils d'administration des unités de formation et de recherche⁵⁵¹, des instituts et écoles faisant partie des universités⁵⁵² et des instituts et écoles ne faisant pas partie des universités⁵⁵³.

La participation des représentants des élèves et celle des parents d'élèves dans l'enseignement primaire et secondaire n'a pas répondu au même objectif de gestion démocratique, bien que l'apprentissage de la démocratie soit une des missions confiées à l'éducation⁵⁵⁴. Il n'y a guère qu'au regard des lycéens qu'est évoquée une notion de « *démocratie lycéenne* »⁵⁵⁵. En réalité, le fondement de l'intégration des représentants des élèves et des parents d'élèves à partir de 1968 au sein de la « *communauté scolaire* » puis de la « *communauté éducative* »⁵⁵⁶ est à rechercher au regard des finalités de l'éducation. S'agissant de la participation des parents d'élèves, l'article L. 111-2 dispose que « *tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation (...). L'État garantit le respect de la personnalité de l'enfant et de l'action éducative des familles* ». Puisqu'il y a concordance entre la mission d'éducation de l'État et celle des familles, il est naturel d'associer les parents d'élèves « *pour garantir la réussite de tous* », comme l'indique l'article L. 111-1⁵⁵⁷. Cette approche collaborative résulte d'un changement de philosophie,

de ceux-ci dans une communauté universitaire (...) », à laquelle peuvent être adjoints des personnalités extérieures notamment issues du monde de l'entreprise.

⁵⁴⁸ Selon l'article L. 711-2 du code de l'éducation, il s'agit des universités auxquelles sont assimilés les instituts nationaux polytechnique, des écoles et instituts extérieurs aux universités, des écoles normales supérieures, les écoles françaises à l'étranger et les grands établissements et des communautés d'universités et établissements.

⁵⁴⁹ Article L. 712-4 du code de l'éducation.

⁵⁵⁰ La commission de recherche (article L. 712-5 du code de l'éducation), la commission de la formation et de la vie universitaire (article L. 712-6) et la section disciplinaire (article L. 811-5).

⁵⁵¹ Article L. 713-3 du code de l'éducation.

⁵⁵² Article L. 713-9 du code de l'éducation.

⁵⁵³ Article L. 715-2 du code de l'éducation.

⁵⁵⁴ Article L. 121-4-1 du code de l'éducation.

⁵⁵⁵ Cette notion, non reprise par le législateur, est notamment présente dans une circulaire n° 2016-132 du 9 septembre 2016, NOR : MENE1625031C.

⁵⁵⁶ Article L111-3 du code de l'éducation : « *Dans chaque école, collège ou lycée, la communauté éducative rassemble les élèves et tous ceux qui, dans l'établissement scolaire ou en relation avec lui, participent à l'accomplissement de ses missions. Elle réunit les personnels des écoles et établissements, les parents d'élèves, les collectivités territoriales, les associations éducatives complémentaires de l'enseignement public ainsi que les acteurs institutionnels, économiques et sociaux, associés au service public de l'éducation* ».

⁵⁵⁷ Cette association prend aussi la forme de droits individuels au profit des parents d'élèves. Sur ce point, voir les articles D. 111-1 et s. du code de l'éducation.

puisque la représentation des élèves a longtemps été vue comme pouvant nuire à l'institution éducative et à leur instruction. De son côté, en affirmant que « *le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté* », l'article L. 111-1 permet de voir dans la participation des représentants des élèves une mise en œuvre de l'apprentissage de leur citoyenneté, ce qui explique qu'elle leur soit reconnue progressivement avec l'avancement des cycles scolaires⁵⁵⁸ au détriment de la participation des représentants des parents d'élèves qui suit une courbe opposée. Dans l'enseignement primaire, c'est-à-dire dans les écoles maternelles et élémentaires, la participation se limite depuis 1975⁵⁵⁹ aux seuls parents d'élèves. Compte tenu de leur âge, les élèves ne sont pas encore aptes à participer dans les instances décisionnelles ou consultatives au même titre que les « adultes ». Ce n'est qu'à partir de l'enseignement secondaire (collèges, lycées et établissements d'éducation spéciale), que le droit de participer s'ouvre progressivement aux représentants des élèves dans le cadre des conseils de classe⁵⁶⁰, du conseil d'administration⁵⁶¹, du conseil de discipline⁵⁶², du comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté⁵⁶³, du conseil de la vie collégienne⁵⁶⁴, du conseil des délégués pour la vie lycéenne⁵⁶⁵ et de l'assemblée générale des délégués des élèves⁵⁶⁶.

Dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, la présence de représentants des usagers est un fait qui remonte à la loi du 30 juin 1975, relative aux institutions sociales et médico-sociales⁵⁶⁷, et à son décret d'application du 17 mars 1978⁵⁶⁸. À cette époque, la participation des usagers différait selon la nature de l'établissement ou du service. Au sein des établissements publics, la représentation des usagers se faisait uniquement au sein de l'organe de direction⁵⁶⁹. Du fait de la liberté associative, le législateur n'avait pas

⁵⁵⁸ De la même manière, les droits collectifs des élèves leur sont reconnus progressivement, qu'il s'agisse de la liberté d'association, de réunion, d'expression et de publication. Voir article L. 511-2 du code de l'éducation.

⁵⁵⁹ Loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation, *JO* du 12 juillet 1975, p. 7180 (article 14). Dans chaque école, devait être institué un « comité de parents ».

⁵⁶⁰ Article R. 421-50 du code de l'éducation.

⁵⁶¹ Articles L. 421-2 et R. 421-14 du code de l'éducation.

⁵⁶² Article R. 511-20 du code de l'éducation.

⁵⁶³ Article R. 421-46 du code de l'éducation.

⁵⁶⁴ Articles R. 421-45-1 et 2 du code de l'éducation.

⁵⁶⁵ Article D. 511-64 à D. 511-67 du code de l'éducation.

⁵⁶⁶ Article R. 421-42 du code de l'éducation.

⁵⁶⁷ Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *JO*, 1^{er} juillet 1975, p. 6604.

⁵⁶⁸ Décret n° 78-377 du 17 mars 1978 application de l'article 17 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *JO*, 22 mars 1978, p. 1252.

⁵⁶⁹ Article 21 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *op. cit.*

souhaité fixer la composition des organes dirigeants des établissements privés⁵⁷⁰. Pour ces derniers, la loi du 30 juin 1975 et son décret d'application prévoyaient l'institution d'un organisme consultatif, appelé conseil de maison, chargé de donner son avis et de formuler des propositions sur le fonctionnement de l'établissement⁵⁷¹. Afin de renforcer l'intérêt de cette instance collégiale consultative, vue comme un instrument efficace de rapprochement entre l'administration et ses usagers, il est décidé en 1985⁵⁷² de l'étendre, sous une nouvelle appellation de conseil d'établissement, à l'ensemble des établissements pour personnes âgées, qu'ils soient publics ou privés, dans un objectif de lutte contre les traitements pouvant être considérés comme dégradants et de promotion du rôle social de la personne âgée⁵⁷³. Rapidement, en 1991, l'institution du conseil d'établissement est généralisée à l'ensemble des établissements sociaux et médico-sociaux, qu'ils soient publics ou privés⁵⁷⁴, dans un objectif de systématisation de la participation des usagers et des familles à la vie sociale des institutions. Or, la généralisation du conseil d'établissement a été confrontée à de réelles difficultés issues de la réticence de nombreuses institutions le considérant comme trop formalisé ou comme inadapté à leur contexte⁵⁷⁵. En effet, « *nombre d'établissements n'ont (...) pas jugé utile de le mettre en place, les uns par refus de principe, les autres en raison des obstacles matériels rencontrés, qu'il s'agisse des mouvements incessants d'entrée et de sortie des usagers, de la distance géographique séparant l'établissement des familles, de conflits entre les acteurs ou encore du déficit de formation des participants* »⁵⁷⁶. On estime que moins d'un tiers des établissements et services sociaux et médico-sociaux l'avait mis en place⁵⁷⁷. Prenant en compte cette situation, la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁵⁷⁸ allège le dispositif tout en réaffirmant l'importance de l'association des personnes bénéficiaires des

⁵⁷⁰ Il s'agissait plus précisément d'établissements associatifs financés par les collectivités publiques et la Sécurité sociale.

⁵⁷¹ Article 17 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *op. cit.* ; article 2 du décret n° 78-377 du 17 mars 1978 application de l'article 17 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *op. cit.*

⁵⁷² Article 1^{er} du décret n° 85-1114 du 17 octobre 1985 relatif à l'association des usagers, des familles et des personnels au fonctionnement des établissements qui assurent l'hébergement des personnes âgées et à la création de conseils d'établissement, *JO*, 19 octobre 1985 p. 12156.

⁵⁷³ Voir notamment R. JANVIER, Y. MATHO, *Comprendre la participation des usagers*, Dunod, 2011, p. 109.

⁵⁷⁴ Article 1^{er} du décret n° 91-1415 du 31 décembre 1991 relatif aux conseils d'établissement des institutions sociales et médico-sociales mentionnées à l'article 3 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975, *JO*, 7 janvier 1992, p. 340.

⁵⁷⁵ J.-F. BAUDURET, M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale*, Dunod, 2^e éd., 2005, p. 115 ; R. JANVIER et Y. MATHO, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'actions sociales*, *op. cit.*, p. 145-147 ; J. M. LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Presses de l'école des hautes études en santé publique, 5^e édition, 2015, p. 214.

⁵⁷⁶ D. CRISTOL, « Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *op. cit.*, p. 453.

⁵⁷⁷ J.-F. BAUDURET, M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale*, *op. cit.*, p. 115 ; R. JANVIER et Y. MATHO, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'actions sociales*, *op. cit.*, p. 147 ; R. JANVIER, Y. MATHO, *Comprendre la participation des usagers*, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁷⁸ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JO*, 3 janvier 2002, p. 124.

prestations au fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Le législateur accorde un choix aux autorités gestionnaires, puisque le conseil d'établissement, désormais intitulé conseil de la vie sociale⁵⁷⁹, peut être remplacé par une autre forme de participation (groupe d'expression, consultation de l'ensemble des personnes accueillies voire simple enquête de satisfaction) devant permettre *a minima* la consultation des usagers ou de leurs représentants aux grandes décisions intéressant l'établissement ou le service, à savoir préalablement à l'adoption du règlement de fonctionnement et du projet de l'établissement ou du service⁵⁸⁰.

Au sein des établissements de santé, le développement de la représentation des usagers a été relativement tardif. La grande loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière⁵⁸¹ était restée silencieuse sur cette question. Il n'était à cette époque pas vu comme nécessaire d'impliquer les patients eu regard d'un sentiment partagé et qui a longtemps prévalu, selon lequel les professionnels de santé étaient les plus à même de répondre aux besoins sanitaires des patients et de leurs familles, qui devaient s'en remettre au savoir des équipes soignantes. Tout au plus, les usagers étaient représentés par les élus locaux présents de l'établissement, dont le maire qui le présidait. De son côté, la loi « Evin » du 31 juillet 1991, portant réforme hospitalière, avait initialement prévu qu'un représentant des familles de personnes malades accueillies en long séjour pouvait assister aux réunions du conseil d'administration avec voix consultative dans les établissements publics de santé comportant des unités de soins de longue durée⁵⁸². La véritable reconnaissance institutionnelle de la place des usagers au sein des établissements publics de santé résulte de l'ordonnance du 24 avril 1996, portant réforme de l'hospitalisation publique et privée⁵⁸³. Depuis lors, des représentants d'usagers sont présents dans les conseils d'administration, devenus conseils de surveillance par la loi « HPST » du 21 juillet 2009⁵⁸⁴, des établissements publics de santé. Jusqu'à récemment, une liberté était accordée aux établissements de santé privés pour garantir ou non la présence des représentants d'usagers dans leurs organes délibérants. Or, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de

⁵⁷⁹ Cette nouvelle appellation vise à bien distinguer le conseil de la vie sociale du comité technique d'établissement impliquant la représentation des salariés des établissements publics. Cette instance consultative est régie par les ⁵⁸⁰ Sur le régime de ces différentes formes de participation, voir les articles D. 311-3 et suivants du code de l'action sociale et des familles.

⁵⁸¹ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *JO*, 3 janvier 1971, p. 67.

⁵⁸² Article 8 de la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *JO*, 2 août 1991 p. 10255.

⁵⁸³ Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *JO*, 25 avril 1996, p. 6324 (article 42).

⁵⁸⁴ Article 9 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JO*, 22 juillet 2009, p. 12184. Cette loi a réduit le nombre de membre des conseils de surveillance, accroissant ainsi la part relative des représentants des usagers.

notre système de santé⁵⁸⁵ est revenue sur cette liberté pour imposer désormais cette contrainte aux établissements privés assurant le service public hospitalier⁵⁸⁶. Parallèlement, des représentants d'usagers sont également présents dans les commissions des usagers⁵⁸⁷, instances consultatives au sein des établissements de santé⁵⁸⁸.

Cette représentation des usagers accueillis ou pris en charge peut enfin être relevée dans le domaine du sport, au sein des établissements publics de formation que sont les centres de ressources, d'expertise et de performance sportive⁵⁸⁹.

86. L'exposé de ces diverses concrétisations de la représentation de la société civile aux stades de la définition et de la mise en œuvre des politiques publiques ne doit pas faire oublier les situations inverses dans lesquelles cette participation indirecte n'est pas assurée.

B – Une représentation non systématiquement assurée

87. Certes, la représentation de la société civile apparaît comme compatible avec de nombreux domaines d'intervention des pouvoirs publics. Mais, en l'absence d'un principe général de représentation de la société civile, son domaine trouve trois catégories de limites. La première tient à l'existence de situations dans lesquelles cette participation indirecte n'est

⁵⁸⁵ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO*, n° 0022, 27 janvier 2016, texte n° 1 (article 99) ; disposition codifiée aux articles L. 6112-2 II 1° et L. 6161-1-1 du code de la santé publique.

⁵⁸⁶ Dans les conseils d'administration ou dans les conseils de surveillance ou dans les organes qui en tiennent lieu, la participation des usagers est réalisée par l'intermédiaire de deux représentants issus d'associations d'usagers du système de santé, avec simple voix consultative. En l'absence de ces organes collégiaux, le chef d'établissement est tenu de consulter les représentants des usagers siégeant au sein de la commission des usagers sur la stratégie et la gestion de l'établissement. Dans ces établissements de santé privés d'intérêt collectif, il est également prévu que le projet institutionnel détermine les modalités selon lesquelles les usagers et leurs associations représentatives sont associés par l'organe délibérant de la personne morale gestionnaire à la conception, à la mise en œuvre et à l'évaluation des politiques qu'il définit (Article D. 6161-4 du code de la santé publique).

⁵⁸⁷ Les commissions des usagers remplacent, depuis la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (*JO*, n° 0022, 27 janvier 2016), les anciennes commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge instituées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JO*, 5 mars 2002, p. 4118), dite loi « Kouchner ». Elles remplaçaient elles-mêmes les anciennes commissions de conciliation instituées par l'ordonnance du 24 avril 1996.

⁵⁸⁸ Cette instance dispose d'une mission de dialogue entre la direction, les équipes soignantes et les représentants d'usagers. Voir notamment A. BIOSSE DUPLAN, *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, *op. cit.*, p. 219-221 ; E. GHERARDI, « La commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge dans la loi du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2002, p. 686 ; M.-L. MOQUET-ANGER, « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *op. cit.*, p. 1094.

⁵⁸⁹ Article L. 114-10 du code du sport.

effectivement pas organisée dans des domaines où elle l'est habituellement (1). Les deux autres hypothèses sont plus structurelles. Elles tiennent à l'existence de domaines de résistances (2) et au caractère essentiellement facultatif de la participation lorsqu'il s'agit d'assurer la représentation des habitants et des usagers à la vie locale (3).

1) L'absence ponctuelle de mise en œuvre de la représentation des intérêts

88. En dehors du Conseil économique, social et environnemental, faisant l'objet du titre XI de la Constitution, les instruments de la participation indirecte du citoyen sont uniquement régis par des dispositions législatives ou réglementaires. Il n'existe en la matière aucun principe juridique s'imposant au législateur et, à défaut, au pouvoir réglementaire, qui restent libre d'organiser ou non la représentation des intérêts. C'est par exemple la raison pour laquelle, dans un arrêt du 5 juin 2013 « Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes »⁵⁹⁰, le Conseil d'État n'a pas censuré un décret du 5 avril 2012 portant création du comité de suivi stratégique de la concession des aérodromes de Notre-Dame-des-Landes, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire – Montoir, notamment en tant qu'il s'abstenait d'associer au comité les associations de protection de l'environnement. Alors que ces dernières sont le plus souvent représentées dans le domaine de l'environnement, plusieurs organes collégiaux, délibérants ou consultatifs, ne les accueillent pas. Il en va ainsi des commissions départementales de conciliation⁵⁹¹, du Conseil national de la protection de la nature⁵⁹², de la Commission supérieure des sites, perspectives et paysages⁵⁹³, de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs⁵⁹⁴, de l'Institut national de l'environnement industriel et des risques⁵⁹⁵ ou encore de l'Office national des forêts⁵⁹⁶. Ce qui est valable en matière environnementale, l'est plus largement dans l'ensemble des politiques publiques sectorielles qui connaissent des angles morts dans la représentation des parties prenantes. Par exemple, les associations d'usagers du système de santé ne sont pas représentées dans le Haut conseil de la

⁵⁹⁰ CE, 5 juin 2013, n° 363258, Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport Notre-Dame-des-Landes.

⁵⁹¹ Article R. 132-10 du code de l'urbanisme.

⁵⁹² Article R. 134-22 du code de l'environnement.

⁵⁹³ Article R. 341-29 du code de l'environnement.

⁵⁹⁴ Article R. 542-2 du code de l'environnement.

⁵⁹⁵ Article R. 131-37 du code de l'environnement.

⁵⁹⁶ Article D. 222-1 du code forestier.

santé publique⁵⁹⁷ et dans le Comité national d'éthique⁵⁹⁸. Tout au plus, des membres de ces associations peuvent être indirectement désignés au sein de la catégorie des personnalités qualifiées. De la même façon, dans le domaine social et médico-social, la représentation des acteurs associatifs n'est pas spécifiquement organisée au sein de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale⁵⁹⁹ pour lequel des représentants associatifs peuvent être individuellement désignés uniquement dans la catégorie des personnalités qualifiées en raison de leur action ou de leur compétence. Il ne s'agit ici que de tempéraments ponctuels qui ne remettent pas en cause l'économie générale de la représentation de la société civile au sein de ces secteurs administratifs. À l'inverse, il existe des situations où la participation indirecte du citoyen n'est pas organisée pour des raisons plus structurelles.

2) *L'existence de domaines de résistance à la représentation de la société civile*

89. S'il est délicat d'identifier l'ensemble des hypothèses où le citoyen est invité à participer au moyen de la représentation de ses intérêts, il faut caractériser deux limites structurelles au domaine de la participation indirecte.

En premier lieu, il faut caractériser l'absence de dispositions juridiques organisant la représentation des détenus dans le domaine carcéral. Si l'on comprend que l'enferment empêche leur participation au sein des organes de définition de la politique, il en va différemment au sein des établissements carcéraux. Les détenus sont ni plus ni moins des usagers du service public pris en charge par une institution pénitentiaire. À l'instar de la représentation des usagers accueillis ou pris en charge au sein des établissements publics chargés d'une mission de services public dans les domaines de l'enseignement, de l'action sociale et médico-sociale, de la santé, et du sport, une participation au sein de comités de détenus pourrait tout à fait s'entendre. À ce titre, la règle pénitentiaire européenne n° 50⁶⁰⁰ recommande qu'« à condition que cela ne pose pas de problèmes de sécurité connexes, les détenus devraient être autorisés à discuter de questions relatives à leurs conditions générales

⁵⁹⁷ Article R. 1411-47 du code de la santé publique.

⁵⁹⁸ Article L. 1412-2 du code de la santé publique.

⁵⁹⁹ Article R. 144-1 du code de l'action sociale et des familles.

⁶⁰⁰ Les règles pénitentiaires européennes ont été adoptées pour la première fois en 1973 dans le cadre du Conseil de l'Europe.

de détention. Il est dans l'intérêt de tous les détenus que les prisons fonctionnent sans heurts et il n'est pas exclu qu'ils aient des suggestions utiles à faire. Pour cela et d'autres raisons, il serait souhaitable qu'ils puissent faire part de leurs points de vue à l'administration pénitentiaire (...)». La plupart des États européens reconnaissent un droit d'expression collective des détenus et mettent en place au sein des établissements pénitentiaires des comités de détenus. À cet égard, la France fait figure d'exception. Lors de l'examen du projet de la loi pénitentiaire en 2008, la commission des lois du Sénat avait proposé « *d'ouvrir la voie vers une forme de participation en permettant que les détenus soient consultés sur les activités qui leur sont proposées sous réserve des impératifs de sécurité et du maintien de l'ordre* »⁶⁰¹, ce qui ne fut pas retenu.

90. En second lieu, il faut caractériser l'absence presque systématique de dispositif organisant la représentation des intérêts au sein des organes délibérants des autorités administratives indépendantes.

Cette exclusion de principe se justifie particulièrement dans le domaine économique eu égard à la mission de régulation des marchés sectoriels et/ou d'encadrement de l'exercice des activités professionnelles. Il y a en effet une incompatibilité entre les fonctions d'opérateurs économiques et de membres d'une autorité chargée de les contrôler. Assurer la représentation des intérêts économiques risquerait de remettre en cause l'impartialité des autorités administratives indépendantes. Ce faisant, les statuts des autorités indépendantes intervenant dans le domaine économique n'envisagent que la participation de personnalités qualifiées désignées *intuitu personae* pour leurs compétences, leur expérience ou expertise dans le secteur concerné par la régulation économique. Pour autant, les autorités de nomination sont juridiquement autorisées à désigner des personnalités issues du secteur économique concerné. Elles sont même incitées à le faire eu égard aux critères de la compétence, de l'expérience et de l'expertise requis par les textes. Les acteurs économiques remplissent naturellement ces critères. C'est par exemple la raison pour laquelle les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont souvent désignés au sein de la profession des journalistes. Mais, si cette notion de personnalités qualifiées peut tout à fait impliquer la présence de membres issus de l'initiative privée, cette présence ne se réalise pas sur le fondement de leur qualité de représentants institutionnels des professions, c'est-à-dire de membre d'un organisme

⁶⁰¹ J.-R. LECERF, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 143, Sénat, 17 décembre 2008.

professionnel ou d'un syndicat représentatif. Il n'y a alors juridiquement lieu à aucune représentation des intérêts. Dans la pratique, les autorités de nomination cherchent à assurer une représentation équilibrée entre les personnalités issues du secteur privé et celles issues du secteur public, qu'elles soient fonctionnaires, magistrats ou parlementaires⁶⁰².

De la même façon, les dispositions textuelles applicables aux autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique n'assurent pas la représentation des structures associatives, intervenant notamment dans le domaine de la protection des consommateurs, de la santé ou de l'environnement. Cela ne signifie pas que le fonctionnement des autorités administratives indépendantes soit hermétique à l'implication des associations. Le rôle de ces acteurs est reconnu à d'autres niveaux. Dans le domaine de la régulation des marchés sectoriels, l'implication des associations de consommateurs est permise par une faculté de saisine. Ainsi en va-t-il de l'Autorité de la concurrence pouvant être saisie notamment par les organisations et chambres professionnelles, les organisations syndicales et les organisations de consommateurs. De la même façon, dans le domaine sanitaire, alors que la composition de la Haute autorité de santé (HAS) se limite classiquement à des personnalités qualifiées désignées en fonction de leur expérience et de leur expertise par les plus hautes autorités de l'État⁶⁰³, les associations agréées d'usagers du système de santé bénéficient d'un droit d'alerte auprès de ces autorités administratives indépendantes⁶⁰⁴. À la suite d'un rapport proposant d'impliquer les représentants des patients à l'action de cette institution de régulation du secteur sanitaire⁶⁰⁵, les

⁶⁰² Les personnalités issues du secteur public peuvent être représentées en tant que catégorie autonome. Les statuts de plusieurs de ces autorités de régulation prévoient explicitement la nomination de représentants d'autorités administratives ou juridictionnelles aux côtés de la (ou des) catégorie(s) des personnalités qualifiées. Il en va ainsi de l'Autorité de la concurrence (article L. 461-1 du code de commerce), de l'Autorité des marchés financiers (article L. 621-2 du code monétaire et financier) et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (article L. 612-5 du code monétaire et financier). Dans d'autres cas, le législateur n'a organisé que la présence de ces personnalités qualifiées, pouvant être issues du secteur public ou privé. Entrent dans cette catégorie, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (article L. 130 du code des postes et des communications électroniques), la Commission de régulation de l'énergie (article L. 132-2 du code de l'énergie), l'Autorité de régulation des jeux en ligne (article 35 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JO*, n° 0110, 13 mai 2010, p. 8881), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (article L.2132-7 du code des transports) et l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (article L. 6361-1 du code des transports).

⁶⁰³ Article L. 161-42 du code de la sécurité sociale.

⁶⁰⁴ Si, initialement seules les associations agréées au niveau national pouvaient saisir la HAS depuis sa création en 2004, l'ensemble des associations agréées bénéficient d'un droit d'alerte auprès de la HAS depuis la loi n° 2016-41 de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016, *JO*, n° 0022, 27 janvier 2016 (Article L. 161-37 alinéa 3 du code de la sécurité sociale).

⁶⁰⁵ A.-M. CERETTI, L. ALBERTINI, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, op. cit., p. 183.

associations agréées sont désormais également intégrées dans les commissions réglementées⁶⁰⁶ ou constituées sur initiative⁶⁰⁷ de la HAS depuis 2015⁶⁰⁸.

Il faut tout de même noter une exception à l'exclusion de la représentation des intérêts au sein des autorités administratives indépendantes. Il en est une dont le législateur a souhaité organiser spécifiquement la représentation des groupes d'intérêts. Il s'agit de la Commission nationale du débat public, notamment chargée de décider de l'opportunité d'organiser une procédure de débat public ou de concertation préalable à propos de projets publics ou privés ayant des incidences sur l'environnement⁶⁰⁹. L'article L. 121-3 du code de l'environnement prévoit explicitement que son collège comprend, outre les représentants des acteurs publics et les personnalités qualifiées, « deux représentants d'associations de protection de l'environnement agréées (...), deux représentants des consommateurs et des usagers (...), deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires (...) ». Il s'agit ici d'offrir à la Commission un moyen de se prononcer objectivement au regard de différents prismes, celui du responsable du projet, qu'il soit public ou privé, celui des usagers ou consommateurs de l'équipement à créer, celui des travailleurs et celui de l'environnement. C'est parce que chacun de ces acteurs fait figure de partie prenante lors du déroulement d'un débat public ou d'une concertation préalable, que le législateur a ici choisi d'assurer la représentation de leurs intérêts.

3) *La participation essentiellement facultative des habitants et des usagers à la vie locale*

91. L'action des collectivités territoriales et de leurs groupements connaît une forme de représentation des citoyens locaux. Dès l'« acte I » de la décentralisation, le législateur avait souhaité reconnaître expressément une exigence de participation des citoyens à la vie locale

⁶⁰⁶ Les commissions réglementées, c'est-à-dire obligatoires, sont la « Commission de la transparence, en charge de l'évaluation des médicaments », la « Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé » et la « Commission d'évaluation économique et de santé publique ».

⁶⁰⁷ Les commissions constituées sur initiative de la Haute Autorité de Santé, c'est-à-dire facultative sont en 2017 la « commission de certification des établissements de santé », la « commission des stratégies de prise en charge », la « commission des pratiques et des parcours », la « commission technique des vaccinations » et la « commission d'information des patients ».

⁶⁰⁸ Articles R. 163-15 et R. 165-18 du code de la sécurité sociale tels qu'issu du décret n° 2015-848 du 9 juillet 2015 relatif à la composition de la commission de la transparence et de la Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé, *JO*, n° 0159, 11 juillet 2015, p. 11881, texte n° 26.

⁶⁰⁹ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

comme composante de la démocratie locale, afin de ne pas la limiter au seul système représentatif. L'article 1^{er} de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes des départements et des régions⁶¹⁰ prévoyait que « *des lois détermineront (...) le développement de la participation des citoyens à la vie locale* ». L'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1983, relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État⁶¹¹, disposait quant à lui que « *les communes, les départements et les régions constituent le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la vie locale et garantissent l'expression de sa diversité* ». Cette ambition de départ a toutefois mis quelque temps avant de se concrétiser juridiquement, puisqu'il a fallu attendre loi d'orientation du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République (ATR)⁶¹² pour qu'apaisent progressivement des instruments participatifs locaux. Pour concrétiser cette « *participation des habitants et des usagers à la vie des services publics* »⁶¹³ ou cette « *participation des habitants à la vie locale* »⁶¹⁴, expressions retenues depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité⁶¹⁵, le législateur a institué une série d'organes collégiaux à caractère consultatifs, eu égard à la compétence constitutionnellement protégée des organes élus des collectivités territoriales en vertu de l'article 72 de la Constitution⁶¹⁶.

⁶¹⁰ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JO*, 3 mars 1982, p. 730.

⁶¹¹ Loi n° 93-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JO*, 9 janvier 1983, p. 215-230.

⁶¹² Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

⁶¹³ Intitulé du chapitre III du Titre Ier du Livre IV de la Première partie du code général des collectivités territoriales.

⁶¹⁴ Intitulé du chapitre III du Titre IV du Livre Ier de la Deuxième partie du code général des collectivités territoriales.

⁶¹⁵ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808.

⁶¹⁶ Article 72 alinéa 3 de la Constitution : « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus (...)* ». La jurisprudence condamne depuis longtemps la pratique des conseillers municipaux associés ou des délégations permanentes élus de ressortissants étrangers invités à prendre part au débat ou au vote à l'occasion des séances du conseil municipal. TA Amiens, 21 juin 1988, Payet, *Rec.*, p. 319 ; CE, 2 avril 1993, Commune de Longjumeau c. Wiltzer, *JCP*, 1993, IV, 1466, note M.-C. ROUAULT ; CE, 10 juillet 1996, n° 169963, Commune de Mons-en-Baroeul.

Cette règle s'applique de façon plus relative pour collectivités infra et supra-communales. Depuis la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale (*JO*, 1^{er} janvier 1983, p. 3), les représentants des associations présentent dans le comité d'initiative et de consultation arrondissement participatif, s'ils le sollicitent, aux débats du conseil d'arrondissement, avec voix consultative. Dans les groupements de collectivités territoriales que sont les syndicats mixtes, les organes délibérants peuvent être composés de citoyens. L'article L. 5711-1 du code général des collectivités territoriales dispose que « *pour l'élection des délégués des communes et des établissements publics de coopération intercommunale au comité du syndicat mixte, le choix de l'organe délibérant peut porter sur tout citoyen réunissant les conditions requises pour faire partie d'un conseil municipal* ». Ce dispositif ne vise cependant pas à assurer la représentation des habitants, mais bien à assurer sous une forme souple la représentation de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale. Cette règle prendra fin au 1^{er} janvier 2020 suite à la modification apportée par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JO*, n° 10182, 8 août 2015, p. 13705 (article 43).

92. Le dispositif le plus large est celui des comités consultatifs, institués par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République⁶¹⁷, qui a officialisé la pratique des commissions extramunicipales que les collectivités locales avaient déjà pu constituer, en dehors de tout cadre juridique⁶¹⁸, en vue de faire participer les habitants à la gestion de leurs compétences. Les comités consultatifs, comprenant « *des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des associations locales* »⁶¹⁹, sont institutionnalisés spécifiquement au profit des communes puis des intercommunalités⁶²⁰. Dans la pratique les départements et les régions peuvent en créer en dehors de ce cadre juridique⁶²¹. Ils sont mis en place par l'organe délibérant⁶²² sur tout problème d'intérêt communal ou intercommunal, et sur tout ou partie de leur territoire. Tous les domaines de l'action des collectivités peuvent être concernés. De nombreuses illustrations se sont développées à partir des années 1980-1990. Certaines communes se dotent ainsi de comités consultatifs de la communication, de la vie économique, de l'urbanisme, de l'environnement, des déchets, de la mobilité, de la solidarité, de la culture, du sport, de la vie associative, de la jeunesse, l'enfance, ou encore de conseils d'étrangers⁶²³, de conseils municipaux d'enfants⁶²⁴ et de conseils des

⁶¹⁷ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064 (article 22). Disposition aujourd'hui codifiée à l'article L. 2143-2, alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales : « *Le conseil municipal peut créer des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie du territoire de la commune. Ces comités comprennent des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des représentants des associations locales* ».

⁶¹⁸ Voir CE, 10 février 1939, Syndicat professionnel de défense agricole et viticole de Cassis et autres, *Rec.*, p. 73 ; commission extramunicipale acceptée par CE, 24 mai 1995, n° 150360 et 153859, Ville de Meudon.

⁶¹⁹ Article L. 2143-2 du code général des collectivités territoriales.

⁶²⁰ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JO*, 13 juillet 1999, p. 10361. Disposition codifiée à l'article L. 5211-49-1 du code général des collectivités territoriales.

⁶²¹ Voir notamment G. DUMONT, « La participation des citoyens au service des élus », *op. cit.*, p. 324.

⁶²² CE, sect., 7 octobre 1994, Ville de Narbonne c/ Mme Arditì, *RFDA*, 1995, p. 1092 ; CE, 24 mai 1995, n° 150360 et 153859, Ville de Meudon : annulation de la composition des comités non fixée par le conseil municipal. Une position contraire a été adoptée par le Tribunal administratif de Paris en 2011 qui considère « *qu'il est loisible au maire de Paris, chargé de l'administration de la commune, d'instituer des organes consultatifs chargés de l'éclairer sur toute question s'inscrivant dans le cadre des missions qui lui sont dévolues par la loi, parmi lesquelles figurent notamment la détermination de l'ordre du jour du conseil de Paris, siégeant en formation de conseil municipal, et l'organisation des débats publics sur les sujets relevant de la compétence de la collectivité ; que les dispositions précitées, qui permettent au conseil municipal d'instituer des conseils de quartier ainsi que des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal ne font pas obstacle à l'exercice par le maire de cette faculté* ». TA Paris, 11 février 2011, Préfet région Ile-de-France, préfet Paris, n° 1014363 et 1014364, *AJDA*, 2011, p. 1026, note B. DELAUNAY. Cette position semble avoir été adoptée *contra legem*.

⁶²³ Le juge a déclaré illégal l'existence de conseils d'étrangers associés au conseil municipal. CE, 2 avril 1993, n° 127 020, Commune de Longjumeau.

⁶²⁴ J.-C. FROMENT, « La participation des habitants à la vie locale. À propos des "conseils municipaux d'enfants". Note sous CE, sect., 7 octobre 1994, Ville de Narbonne c/ Mme Arditì », *RFDA*, 1995, p. 1092 et s. ; R. ROMI, « Les conseils municipaux d'enfants : une situation de non-droit ? », *LPA*, 3 juillet 1991, p. 13 ; G. GALLET, *Les conseils municipaux d'enfants ou de jeunes*, LGDJ, 1997 ; S. TESSIER (dir.), *L'enfant et son intégration dans la cité, expériences et propositions*, Syros, coll. Enfance et société, 1994.

anciens. On relève aussi la présence de nombreux « comités de pilotage » ou de « groupes de travail » généralement limités à des projets plus spécifiques. Il n'existe pas d'encadrement légal de leur champ de compétence. Leur fonction consultative doit être relativisée. Ils se limitent souvent à un simple échange voire à une simple information⁶²⁵. Toutefois, ces comités consultatifs permettent d'assurer une véritable structure de représentation et d'association des habitants à la vie locale pour les collectivités qui les instituent. C'est là que se trouve la principale limite du dispositif. Leur création facultative répond à une démarche volontariste des équipes municipales consistant à promouvoir la démocratie participative locale. Leur existence dépend de la vitalité de la démocratie participative locale et du choix des autorités locales. Or, cet usage est loin d'être généralisé. Même s'il n'est pas possible de tenir un inventaire précis, il faut s'accorder sur le fait que de nombreuses collectivités se contentent de simples commissions ou groupes de travail composés exclusivement d'élus locaux. En tant qu'organes consultatifs facultatifs, leur mise en place ne contraint pas la collectivité qui les a institués. Ainsi, la consultation n'est jamais obligatoire, elle reste à la seule discrétion du maire. Les comités consultatifs sont ainsi des instruments participatifs s'inscrivant dans une démarche « ascendante » ou « volontariste »⁶²⁶ laissant aux autorités locales le choix d'y recourir ou non, ce qui limite grandement le domaine de cette forme de représentation des habitants.

93. Le législateur a tout de même institué des dispositifs contraignants qui témoignent d'une démarche « descendante » ou « autoritariste »⁶²⁷. Mais leur portée reste cantonnée à certains domaines spécifiques et à des collectivités d'une certaine taille.

La loi du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République (ATR)⁶²⁸ a institué des commissions consultatives des services publics locaux pour « permettre l'expression des usagers des services publics »⁶²⁹. Initialement, le dispositif était particulièrement ambitieux car la loi obligeait toutes les communes de plus 3 500 habitants et

⁶²⁵ Il est assez rare qu'une demande expresse d'avis soit réellement organisée. En outre, le plus souvent, l'obligation juridique de rédiger un rapport annuel est largement ignorée. La crainte exprimée par J.-F. Lachaume d'un document trop volumineux est loin de se concrétiser ; voir J.-F. LACHAUME, « De l'influence de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République sur les services publics locaux », *RFDA*, 1993, p. 426. Ces comités constituent davantage un espace de dialogue, voire de transparence, qu'une instance de consultation de la population qui y serait représentée ou de contrôle de l'action de la collectivité.

⁶²⁶ P. MOZOL, « Une approche partiellement renouvelée de la démocratie participative locale. À propos des conseils de citoyens », *op. cit.*

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

⁶²⁹ B. DEROSIER, Rapport fait au nom de la commissaire des lois, n° 3113, Assemblée nationale, 6 juin 2001.

les intercommunalités comprenant une commune de plus de 3 500 habitants⁶³⁰ à créer une commission consultative des services publics « *compétente pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une convention de gestion déléguée* »⁶³¹. Comme le soulignait J.-B. Auby, le champ était potentiellement très large, puisque « *pratiquement toutes les activités des communes constituent des services publics locaux : il n'en va autrement que de celles que les communes conduisent au nom de l'État (les tâches d'état civil, notamment), et, tout au moins selon l'opinion dominante, de celles qui consistent dans la gestion du domaine privé* »⁶³². Toutefois, l'étendue de sa compétence consultative n'était pas précisée. Présidée par le maire, cette commission devait comprendre parmi ses membres, outre des membres de l'organe délibérant de la collectivité, des « *représentants d'associations d'usagers du ou des services concernés* ». Ayant rencontré peu de succès, notamment du fait de la difficulté d'identifier des associations d'usagers dans les petites collectivités, le législateur a allégé le dispositif pour les collectivités du bloc communal lors de l'adoption de la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité⁶³³. Désormais, une commission consultative des services doit être obligatoirement constituée pour l'ensemble des services publics confiés à un tiers par convention de délégation de service public ou exploitées en régie dotée de l'autonomie financière. La fonction consultative et de contrôle de la commission se limite à ce domaine⁶³⁴. Alors que la loi de 2002 a imposé l'institution de ces commissions pour les départements et les régions, elle a remonté le seuil de population aux communes de plus de 10 000 habitants, aux établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et aux syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants⁶³⁵. Comme le juge le Conseil d'État, « *le législateur a entendu, tout en poursuivant un objectif général d'amélioration de la gestion des services publics locaux, ne pas imposer des contraintes et des charges excessives aux communes ; qu'en fixant à 10 000 habitants le seuil*

⁶³⁰ Article L. 322-2 de l'ancien code des communes.

⁶³¹ Ancien article L. 2143-4 du code général des collectivités territoriales, abrogé par l'article 5 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002. Les dispositions sont désormais codifiées à l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales.

⁶³² J.-B. AUBY, « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA*, 1993, p. 37 et s.

⁶³³ L'étude d'impact de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité annonçait la création que d'une centaine de commission ; I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, p. 330.

⁶³⁴ L'intervention de cette commission est requise pour l'examen des divers rapports et bilans d'activité des services publics concernés, et préalablement à l'adoption de certaines décisions administratives, à savoir tout projet de délégation de service public, de création d'une régie dotée de l'autonomie financière, de partenariat et de participation du service de l'eau ou de l'assainissement à un programme de recherche et de développement.

⁶³⁵ Il est étonnamment précisé que « *les établissements publics de coopération intercommunale dont la population est comprise entre 20 000 et 50 000 habitants peuvent créer une commission consultative des services publics locaux dans les mêmes conditions* ». Cette formulation sous-entend que cette commission serait interdite dans les autres collectivités, ce qui n'a pas véritablement de sens.

de population au-delà duquel une commune a l'obligation de créer une telle commission, le législateur a entendu, en retenant un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi, tenir compte des différences dans la capacité des communes à réunir et à faire fonctionner une telle commission et de la plus ou moins grande proximité entre les services publics locaux et leurs usagers »⁶³⁶. En outre, afin de faciliter la composition de la commission, cette dernière intègre désormais des « représentants d'associations locales », terminologie plus large⁶³⁷ que les seules « associations d'usagers » initialement prévues.

Parallèlement, depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité⁶³⁸ doivent être obligatoirement constitués des conseils de quartier dans les communes de 80 000 habitants et plus, dont l'objectif est « de promouvoir l'amélioration du cadre de vie et la valorisation du quartier »⁶³⁹. Dans les communes de 20 000 à 79 999 habitants, des conseils de quartier peuvent être institués de façon facultative⁶⁴⁰. Le périmètre de chaque quartier est fixé par le conseil municipal. Leur nombre a considérablement augmenté. Alors qu'en 2002, il en était dénombré seulement 292 à l'échelle de la France, ce nombre a atteint 1 552 conseils de quartier en 2009⁶⁴¹, ce qui témoigne de la volonté des grandes municipalités d'ouvrir leur fonctionnement à la vie de quartier. Ces conseils amorcent une forme de « décentralisation »⁶⁴² ou de « déconcentration »⁶⁴³ à l'intérieur de la ville, dans un contexte où les compétences communales tendent paradoxalement à être de plus en plus transférées à l'échelon intercommunal. Curieusement, alors que l'institution de cet organe au sein d'un quartier est obligatoire, son intervention n'est que facultative et laissée à la discrétion du maire⁶⁴⁴. En effet, l'article L. 2143-1 du CGCT dispose que « les conseils de quartier peuvent être consultés par

⁶³⁶ CE, 17 septembre 2013, Association Collectif alétois «gestion publique de l'eau» et Association Avenir d'Alet, n° 369535, *AJDA*, 2013, p. 2348 : le Conseil d'État juge en l'espèce qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité de cette disposition au regard du principe d'égalité. Dans son rapport de 2011, le Conseil d'État dénombreait 1 168 commissions consultatives des services publics locaux en 2010. CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 159.

⁶³⁷ Voir notamment J. F. LACHAUME, « Participation et services publics locaux », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 235.

⁶³⁸ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808. Proposition d'abord formulée par la Commission pour l'avenir de la décentralisation, proposition n° 71 du Rapport de la Commission, Documentation française, 2000, p. 87 et 161.

⁶³⁹ C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale : la démocratie locale entre représentation et participation », *op. cit.*, p. 373.

⁶⁴⁰ L'article L. 2143-1 du code général des collectivités territoriales.

⁶⁴¹ Selon les chiffres communiqués par le Direction générale des collectivités locales ; <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/conseils-quartier>. La DGCL n'a à ce jour pas communiqué de données actualisées. Dans son rapport de 2011, le Conseil d'État indique de son côté 1 516 conseils en 2010. CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁴² B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 218.

⁶⁴³ M. VERPEAUX, L. LANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁴⁴ Pour une critique, voir notamment C. FERRARI-BREEUR, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. La participation du public aux décisions des collectivités », *op. cit.*

le maire et peuvent lui faire des propositions sur toute question concernant le quartier ou la ville. Le maire peut les associer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des actions intéressant le quartier, en particulier celles menées au titre de la politique de la ville ». En l'absence de prérogatives contraignantes, et nonobstant leur faculté d'auto-saisine, le fonctionnement de ces assemblées de quartier dépend des seuls moyens alloués par le conseil municipal⁶⁴⁵ et sur le seul souhait des élus d'en faire « *le cadre de la concertation et de l'étude des projets* »⁶⁴⁶ et d'entendre les positions qui y sont exprimées par les associations et les habitants du quartier.

Plus établies sont les compétences consultatives des conseils citoyens, institués spécifiquement dans le cadre la politique de la ville par la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine⁶⁴⁷. La participation des habitants a toujours été au cœur des objectifs de la politique de la ville⁶⁴⁸, comme condition de la réussite des contrats de ville. Mais il a été jugé que les conseils de quartier n'offraient pas un cadre assez favorable à cette implication des habitants des quartiers défavorisés. Leurs règles d'organisation et de fonctionnement étant fixées par la municipalité, il en a résulté que les habitants n'ont pas pu être l'un des acteurs principaux de la politique de la ville⁶⁴⁹. C'est pour cette raison que le rapport de M.-H. Bacqué et M. Mechinache, remis en 2013 au ministre délégué chargé de la ville⁶⁵⁰, proposait une implication renforcée des habitants du quartier dans le cadre d'une « *réforme radicale* » de la politique de la ville. Il s'agissait d'engager une démarche de coconstruction des projets de territoire, d'assurer la représentation des habitants dans les instances de discussion et de décision pendant la durée des contrats, de garantir les conditions concrètes de la participation citoyenne et de favoriser la constitution de collectifs d'habitants au niveau local comme national. Absente du projet de loi initial, l'institution du conseil citoyen

⁶⁴⁵ Article L. 2143-1 alinéa 4 : « *Le conseil municipal peut affecter aux conseils de quartier un local et leur allouer chaque année des crédits pour leur fonctionnement* ».

⁶⁴⁶ C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale : la démocratie locale entre représentation et participation », *op. cit.*, p. 373.

⁶⁴⁷ Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *JO*, 22 février 2014 p. 3138 (article 7).

⁶⁴⁸ Voir la circulaire du 31 décembre 1998 relative aux contrats de ville 2000-2006, *JO*, 15 janv. 1999, p. 726 : « *Cette nouvelle ambition se dessine autour de quatre objectifs : garantir le pacte républicain, renforcer la cohésion sociale, mobiliser autour d'un projet collectif, construire un nouvel espace démocratique avec les habitants (...)* La participation des habitants (...) est au cœur de la politique de la ville (...). La participation des habitants renvoie donc à la crédibilité de l'aptitude des institutions à traiter efficacement ce qui touche ceux-ci de près. Les services de l'État doivent s'engager fortement en la matière ».

⁶⁴⁹ P. MOZOL, « Une approche partiellement renouvelée de la démocratie participative locale. À propos des conseils de citoyens », *JCP A*, n° 45, novembre 2014, n° 2307.

⁶⁵⁰ M.-H. BACQUÉ, M. MECHIMACHE, *Citoyenneté et pouvoir d'agir dans les quartiers populaires. Pour une réforme radicale de la politique de la ville*. Rapport au ministre délégué chargé de la Ville, juillet 2013.

résulte de propositions avancées par le député F. Pupponi et reprises à l'article 7 de la loi. Le conseil citoyen concrétise l'article 1^{er} de la loi, lui aussi résultant des débats parlementaires, selon lequel la politique de la ville s'inscrit « *dans une démarche de coconstruction avec les habitants, les associations et les acteurs économiques, s'appuyant notamment sur la mise en place de conseils citoyens* ». À l'instar du conseil de quartier, le conseil citoyen s'inscrit dans une démarche descendante ou autoritariste du législateur qui impose son institution dans chaque quartier prioritaire de la politique de la ville⁶⁵¹. Pour des raisons de bonne administration, il est prévu que le conseil citoyen peut se substituer au conseil de quartier. En novembre 2016, ont été recensés 1 054 conseils citoyens installés ou en voie de l'être, dont seulement 5 % issus de conseils de quartier⁶⁵².

Entrent enfin dans cette catégorie les commissions pour l'accessibilité. Issues de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁶⁵³, elles doivent être créées dans les communes de plus de 5 000 habitants, et dans les établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de transports ou d'aménagement de l'espace, dès lors qu'ils regroupent 5 000 habitants. Leur rôle se limite à dresser « *le constat de l'état d'accessibilité du cadre bâti existant, de la voirie, des espaces publics et des transports [à établir] un rapport annuel [et à faire] toutes propositions utiles de nature à améliorer la mise en accessibilité de l'existant* »⁶⁵⁴. À proprement parler, cette mission ne présente pas le caractère d'une participation, mais plutôt celui d'une initiative citoyenne.

94. Qu'elles soient obligatoires ou facultatives, ces différentes formes de représentation des intérêts de la société civile à l'échelon national ou local impliquent une participation nécessairement sélective.

⁶⁵¹ C'est dans ce cadre qu'un conseil citoyen est obligatoirement associé à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des contrats de ville.

⁶⁵² Voir Circulaire n° Cabinet/C102:2017/41 du 2 février 2017, relative aux conseils citoyens, NOR : VJSC1703528C.

⁶⁵³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *op. cit.*, JO, 12 février 2005, p. 2353 (article 46).

⁶⁵⁴ Article L. 2143-3 du code général des collectivités territoriales.

§ 2 – Une représentation nécessairement sélective

95. Outre le domaine de la représentation de la société civile, ce sont les modalités de mise en œuvre de cette participation indirecte qui varient substantiellement. Nous avons déjà pu voir que cette participation pouvait prendre la forme de consultations individualisées ou d'une intégration au sein d'organes collégiaux à caractère consultatif ou décisionnel. Quelle que ce soit la modalité retenue, la représentation est nécessairement sélective. Il en va de l'esprit même d'une participation indirecte que de s'ouvrir à un nombre limité de participants. Pour schématiser, la représentation de la société civile peut impliquer tout aussi bien une seule entité, notamment lorsqu'il s'agit de consulter un ordre professionnel à l'élaboration d'un code de déontologie, qu'un nombre important d'acteurs, comme les 233 membres du Conseil économique, social et environnemental. Il existe, entre ces deux chiffres, une très large diversité qu'il n'est pas utile de décrire de manière exhaustive. Il est surtout ici intéressant de s'attacher à la façon dont les pouvoirs publics organisent la représentation de la société civile au sein des effectifs des organes collégiaux à caractère consultatif ou décisionnel. D'un point de vue quantitatif, cette représentation apparaît généralement assez significative (A). D'un point de vue qualitatif, le caractère restreint des instruments de participation indirecte conduit les pouvoirs publics à sélectionner les acteurs les plus à même d'assurer la représentation des intérêts collectifs ou objectifs affectés par l'action administrative (B).

A – Une représentation généralement significative de la société civile

96. L'effectivité du droit de participer varie substantiellement selon la composition des organes collégiaux. Même s'il n'existe pas de modèle unique, le législateur et le pouvoir réglementaire organisent une participation indirecte du citoyen qui oscille généralement entre une représentation équilibrée et une représentation exclusive (1). Cette tendance générale connaît toutefois deux situations dans lesquelles la représentation de la société civile n'est pas significativement assurée (2).

1) *Une représentation oscillant entre une représentation équilibrée et une représentation exclusive*

97. Le plus fréquemment, le législateur et le pouvoir réglementaire organisent la représentation équilibrée entre les différentes parties prenantes à la définition ou à la mise en œuvre d'une politique publique. Sont ainsi associés, selon des modalités à géométrie variable, les représentants de l'Etat (administrations, parlementaires, magistrats), les représentants des collectivités territoriales, les personnels de l'institution ou du secteur activité, les acteurs économiques, le mouvement associatif, les représentants des usagers et les personnalités qualifiées. Toutes ces catégories d'acteurs ne sont pas nécessairement réunies en même temps. Au sein des effectifs des organes collégiaux, il est alors d'usage de n'assurer à aucune de ces catégories d'acteurs la majorité à elle seule, de sorte que la participation des autres ne soit pas marginalisée. Cette situation se retrouve dans de nombreux organes collégiaux institués dans les domaines de la régulation économique, de la consommation, de l'environnement et de la santé, de l'action sociale ou encore de l'enseignement. Sans être formalisée par une source juridique, cette situation constitue la règle générale pour la composition des organes collégiaux assurant la représentation des intérêts.

98. Ce n'est que plus ponctuellement que des organes collégiaux sont composés exclusivement, essentiellement ou majoritairement de représentants de la société civile.

Cette situation caractérise d'abord dans les instances consultatives à caractère général que sont le Conseil économique, social et environnementale, les conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux et les conseils de développement, qui sont exclusivement composés de membres issus de la société civile.

Elle se retrouve ensuite dans certaines instances consultatives mises en place pour faire participer les usagers accueillis ou pris en charge au sein d'une institution chargée d'une mission de service public. Il en va ainsi du conseil de la vie sociale⁶⁵⁵ ou du groupe d'expression⁶⁵⁶ au sein d'un établissement et service social et médico-social, puisque les représentants des usagers et/ou de leurs familles doivent composer au moins la moitié de leurs

⁶⁵⁵ Article D. 311-6 du code de l'action sociale et des familles.

⁶⁵⁶ Article D. 321-22 du code de l'action sociale et des familles.

effectifs. Entrent dans ce cadre, le conseil de la vie collégienne⁶⁵⁷, le conseil de délégués pour la vie lycéenne⁶⁵⁸ et l'assemblée générale des délégués des élèves dans les lycées⁶⁵⁹ s'ouvrant essentiellement aux usagers. Cette représentation se prolonge exceptionnellement en dehors des établissements au sein du Conseil national de la vie lycéenne⁶⁶⁰.

Enfin, il en va de même lorsque l'État souhaite assurer une forme de cogestion d'un service public entre différents groupes d'intérêts. Il faut ici caractériser le modèle de cogestion proposé progressivement dans le cadre des caisses de sécurité sociale au profit des partenaires économiques et sociaux. La mise en place de cette participation n'est pas le résultat d'un choix *ab initio*, mais le résultat d'un processus d'appropriation par les pouvoirs publics d'un service créé par les partenaires sociaux eux-mêmes. En intégrant dans son champ de compétence la tradition mutualiste qui régnait depuis la fin du XIX^e siècle, l'État a formellement délégué aux organes de gestion de la Sécurité sociale un service dont l'activité existait déjà sous la forme d'une initiative privée. En 1945, hormis le cas des caisses d'allocations familiales, où la gestion était strictement paritaire, les conseils étaient essentiellement composés de représentants des salariés⁶⁶¹, « *en raison des traditions mutualistes dans ce domaine et de la volonté d'y instaurer, au lendemain de la seconde guerre mondiale, sous l'impulsion notamment des syndicats de salariés, une démocratie sociale, qui supposait que la gestion du service public soit confiée aux principaux intéressés, c'est-à-dire aux assujettis, qui financent de plus les régimes par leurs cotisations* »⁶⁶². Ce modèle « Bismarckien » va laisser place à une gestion paritaire dans le cadre de la réforme « Jeanneney », par l'ordonnance du 21 août 1967⁶⁶³, qui visait à contrecarrer un déficit de l'assurance sociale, provoqué par une mauvaise gestion attribuée à la représentation salariée. Dès lors, les représentants des salariés, d'une part, et les représentants des employeurs et travailleurs indépendants, d'autre part, sont présents en nombre égal au sein de chaque caisse⁶⁶⁴. Tournant le dos aux traditions mutualistes⁶⁶⁵, l'ordonnance aligne alors le

⁶⁵⁷ Article R. 421-45-1 du code de l'éducation.

⁶⁵⁸ Article R. 421-43 du code de l'éducation.

⁶⁵⁹ Article R. 421-42 du code de l'éducation.

⁶⁶⁰ Article D. 511-60 du code de l'éducation.

⁶⁶¹ En dehors des caisses d'allocations familiales et en l'absence d'une composition plurielle de ces organes, il n'était pas encore possible de parler d'une participation.

⁶⁶² B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 128-129.

⁶⁶³ Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, *JO*, 22 août 1967, p. 8403.

⁶⁶⁴ Ainsi, en associant les représentants des employeurs aux représentants des salariés, l'État a aussi transformé un système d'autogestion en cogestion, permettant d'inclure le domaine de la Sécurité sociale dans celui de la participation du citoyen à la décision administrative, compte tenu de la dualité des intérêts représentés. Chacune des deux catégories participent à l'égard de l'autre.

⁶⁶⁵ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18^e édition, 2015, p. 225.

régime général sur les régimes institués par des accords collectifs (assurance chômage et régimes complémentaires), qui connaissaient déjà ce modèle paritaire, ce qui a « *suscité l'amertume des grandes centrales syndicales désormais minoritaires dans les conseils* »⁶⁶⁶. Avec le retour de la Gauche au pouvoir, la gestion paritaire a de nouveau laissé place au modèle mutualiste avec la loi du 17 décembre 1982⁶⁶⁷. L'objectif visait à rétablir la représentation majoritaire des représentants des assurés sociaux. Alors qu'elles avaient précédemment voix seulement consultative, le législateur adjoint quelques personnalités qualifiées avec voix délibérative, sans remettre en cause la majorité au profit des assurés sociaux. La réforme « Juppé », et son ordonnance du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale⁶⁶⁸, est revenue au modèle de la gestion paritaire⁶⁶⁹, généralement accompagnée d'une minorité de représentants de travailleurs indépendants et de la présence de personnalités qualifiées⁶⁷⁰. Un paritarisme strict continue de s'appliquer pour l'Unédic et les régimes complémentaires d'assurances chômage. Depuis lors, ce modèle n'a plus été remis en cause par le législateur même s'il a pu être contesté en raison du caractère très formel de cette démocratie sociale⁶⁷¹.

99. Dans l'ensemble de ces situations et lorsqu'elle est organisée, la représentation des acteurs économiques et sociaux, du milieu associatif et des usagers est ainsi assurée de façon assez significative au sein des effectifs des organes collégiaux. Or, cette tendance générale connaît deux tempéraments.

⁶⁶⁶ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁶⁷ Loi n° 82-1061 du 17 décembre 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale, *JO*, 18 décembre 1982, p. 3779.

⁶⁶⁸ Ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, *JO*, 25 avril 1996, p. 6301.

⁶⁶⁹ Pour la composition exacte des organismes, voir les articles D. 231-1 et s. du code de la sécurité sociale et l'article L. 5312-4 du code du travail pour Pôle Emploi.

⁶⁷⁰ Articles L. 211-2 et L. 221-3 du code de la sécurité sociale.

⁶⁷¹ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 224. Dans la mesure où les conditions d'immatriculation, le taux de cotisation et le montant des prestations sont prescrits par l'État, même après organisation d'un processus de négociation avec les partenaires sociaux, l'implication de ces derniers au sein de ces différentes structures est limitée à un simple rôle d'exécution de décisions prises à un autre niveau. Cette étatisation se prolonge également dans la mesure où l'imposition tend à se substituer de plus en plus aux cotisations sociales. Pour ces raisons, les partenaires sociaux ont pu remettre en cause leur propre participation. Les représentants des employeurs (le MEDEF et la CGPME) avaient décidé en 2001 de ne plus siéger en réclamant une prise de contrôle par l'État. Pour autant, une telle réforme n'a jusqu'à présent jamais été mise sur la table officielle des réformes.

2) *Une représentation parfois non significativement assurée*

100. Dans deux situations, le caractère significatif de la représentation de la société civile n'est pas assuré. La première tient à la réduction de la représentation des usagers ou des consommateurs au sein des conseils d'administration ou de surveillances des entreprises publiques, qui avait pourtant fait l'objet d'une tentative à la Libération, mais qui a rapidement avorté (a). La seconde réside dans la liberté accordée aux collectivités territoriales pour composer ses organes consultatifs institués pour assurer la participation des habitants et des usagers à la vie locale (b).

a) *Un modèle de participation des usagers-consommateurs avorté dans les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises publiques*

101. À la Libération, un modèle de participation des usagers dans les conseils d'administration des entreprises publiques s'est développé sous l'impulsion du mouvement syndical promouvant une gestion tripartite des entreprises nationalisées⁶⁷², dans les domaines de l'énergie (EDF et GDF), des ressources minières (Charbonnages de France et les houillères nationales de bassin principalement), des transports aériens (Air-France, Air Bleu et Air France transatlantique), du secteur financier (Banque de France et grandes banques de dépôts⁶⁷³) et des assurances (les onze plus importantes compagnies d'assurance privées). Les conseils d'administration ou de surveillance de ces entreprises publiques, prenant le statut d'établissements publics ou de sociétés privées, sont alors pour l'essentiel composés au tiers de représentants d'usagers, de représentants du personnel et de représentants de l'État. Cette volonté d'intégrer les représentants des usagers ainsi que ceux du personnel, aux côtés des représentants de l'État, s'inspire d'abord de la volonté politique de ne pas limiter la

⁶⁷² A cette époque, deux mouvements de nationalisations se sont succédés. Le premier résulte des choix étatistes et centralisateurs opérés le Gouvernement provisoire de la République française en 1944 et 1945. Le second relève de l'Assemblée nationale constituante en 1946 dans une philosophie autogestionnaire et sociale.

⁶⁷³ Banque nationale pour le commerce et l'industrie, Comptoir national d'escompte, Crédit lyonnais et Société générale).

nationalisation à une simple étatisation⁶⁷⁴ des entreprises publiques. Cette philosophie socialisante ou autogestionnaire est associée à une considération plus concrète de la représentation des intérêts permettant la prise en compte et la protection des attentes des usagers⁶⁷⁵. Parallèlement, la doctrine juridique s'accorde pour rattacher la participation des usagers à l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Bien qu'aucune participation des usagers n'ait réellement été prévue par l'alinéa 9, contrairement à l'alinéa 8 visant explicitement celle des travailleurs⁶⁷⁶, l'esprit du dispositif réside dans l'indication selon laquelle l'entreprise doit devenir « *la propriété de la collectivité* ». En devenant propriété de la collectivité, donc de la Nation⁶⁷⁷, l'entreprise publique doit en refléter la diversité et doit devenir un lieu d'exercice de la citoyenneté. Ce rattachement fait alors dire à G. Dumont que « *la participation des administrés à la gestion des entreprises publiques revêt donc une dimension éminemment civique et politique : elle est la traduction de l'appartenance de l'établissement à la Nation, non à l'État. Les administrés sont alors représentés, non en tant qu'utilisateurs du service géré par l'entreprise publique, mais parce qu'ils représentent la Nation — en tant que citoyens* »⁶⁷⁸.

102. Le rattachement à ce fondement constitutionnel reste néanmoins simplement formel. Contrairement à la participation des travailleurs, aucune protection juridique n'est accordée à la participation des usagers au sein des conseils d'administration, ce qui va être rapidement démontré par la réduction de la place réservée aux représentants des usagers dans les organes de directions des entreprises du secteur public, champ qui a lui-même connu un mouvement de réduction progressif. En l'absence d'une structuration du mouvement consumériste⁶⁷⁹, seul à même d'assurer la représentation des usagers, cette dernière s'est avérée délicate à aménager

⁶⁷⁴ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 685 ; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 126 ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁷⁵ F. HAMON, « La participation des usagers à la gestion de l'entreprise », in *Les entreprises publiques et l'usager*, éd. IISA, 1986, p. 25.

⁶⁷⁶ L'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

⁶⁷⁷ Voir P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz 1998, p. 680-683.

⁶⁷⁸ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 224.

⁶⁷⁹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 126-127 ; voir aussi J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 685.

dans les organes délibérants des entreprises nationalisées. Ce n'est en effet qu'à partir de la fin des années 1950 que ce mouvement s'est structuré⁶⁸⁰. Cette ambition a alors très vite laissé place à la désignation d'une catégorie des personnalités qualifiées choisies par le Gouvernement pour leur compétence. Dès lors, « *les usagers ne sont plus représentés en tant que tels mais à raison de leur compétence technique spécifique, et (...) la désignation de ces représentants est effectuée à discrétion du gouvernement* »⁶⁸¹. Si la « *la participation des usagers sous la forme de la gestion tripartite a subi un net recul, au profit d'une catégorie dépendante généralement d'une volonté politique* », à savoir une « *catégorie de techniciens* » désignée par le Gouvernement⁶⁸², il faut y voir une considération autre que la seule difficulté à assurer une représentation des usagers. La réduction de la place accordée aux représentants des usagers avait également pour ambition de mettre fin à une seconde difficulté. La composition tripartite des entreprises publiques faisait en effet peser le risque d'un affrontement entre les « *trois partenaires (...) mettant chacun en avant ses préoccupations propres et parfois opposées : par exemple la hausse des salaires et l'amélioration des conditions de travail, pour le personnel ; et le refus d'augmentation des tarifs pour les usagers et l'État, soucieux du niveau général des prix* »⁶⁸³. La désignation par le Gouvernement de personnalités qualifiées vise alors à rompre l'inefficacité de ces « *chambres de revendications et de discussions* »⁶⁸⁴ et à faciliter l'adoption des positions portées par les représentants de l'État grâce à la sélection d'individualités dont les positions vont dans ce sens.

Cette situation a d'abord été concrétisée dès les lois de nationalisation de certaines entreprises publiques. Pour Electricité de France et Gaz de France, il avait été décidé d'intégrer quatre représentants des collectivités locales distributrices d'électricité⁶⁸⁵ pour mettre en œuvre l'exigence de représentation des usagers au conseil d'administration, dans le cadre d'un tripartisme strict où chaque catégorie comportait six membres⁶⁸⁶. Pour Air France⁶⁸⁷, la catégorie des représentants des usagers était purement et simplement remplacée par celle des

⁶⁸⁰ Voir *supra*, note de bas de page n° 514.

⁶⁸¹ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 224.

⁶⁸² I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA*, 2004, p. 330.

⁶⁸³ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 685.

⁶⁸⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Volume 1, Montchrestien, 1993, p. 778.

⁶⁸⁵ D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁸⁶ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JO*, 9 avril 1946, p. 2951. Leur étaient associés un représentant des industries consommatrices, un représentant des associations agricoles pour EDF et un représentant des associations familiales pour GDF.

⁶⁸⁷ Loi n° 48-976 du 16 juin 1948 compagnie nationale Air-france, *JO*, 17 juin 1948, p. 5863.

personnalités qualifiées. Dans les banques⁶⁸⁸ et assurances⁶⁸⁹ nationalisées, c'est la formule du quadripartisme qui a été retenue, puisqu'aux côtés de la catégorie des représentants des usagers était constituée celle des personnalités qualifiées. Ce mouvement a été rapidement consacré par une série de décrets du 11 mai 1953⁶⁹⁰ qui remplace la catégorie des représentants d'usagers par celle des « *personnalités connues pour leur compétence industrielle ou financière, parmi lesquelles figureront pour la moitié de leur nombre des représentants des usagers* »⁶⁹¹. La loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public⁶⁹², dont le titre II est consacré à la « *démocratisation des conseils d'administration et de surveillance* », systématisé ce nouveau schéma tripartite⁶⁹³ dans les entreprises publiques de plus de 200 salariés ayant le caractère d'établissements publics ou de sociétés détenues à 90 % par des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques⁶⁹⁴. L'article 5 de la loi prévoit qu'aux côtés des représentants des salariés et de ceux de l'État et des actionnaires, sont associées « *des personnalités choisies, soit en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique, soit en raison de leur connaissance des activités publiques et privées concernées par l'activité de l'entreprise, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, nommés par décret pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs desdites activités* »⁶⁹⁵. Au regard des critères de désignation des personnalités qualifiées, ces dernières sont le plus souvent choisies au sein d'autorités administratives ou parmi les parlementaires. La seule contrainte pesant sur le Gouvernement, depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁶⁹⁶, est de nommer au moins un représentant des consommateurs ou des usagers dans le conseil d'administration ou de surveillance des entreprises publiques chargées d'une mission de service public. Il s'agit

⁶⁸⁸ Loi n° 45-15 du 2 décembre 1946, *JO*, 3 décembre 1945 ; rectificatif *JO*, 14 décembre 1945.

⁶⁸⁹ Loi n° 46-835 du 25 avril 1946 sociétés d'assurances, nationalisations, *JO*, 30 avril 1946, p. 3566.

⁶⁹⁰ Décrets n° 53-416 à 420 du 11 mai 1953 relatifs à la composition des conseils d'administration d'entreprises nationalisées, *JO*, 12 mai 1953, p. 4332 et s.

⁶⁹¹ Voir l'exposé des motifs de la série des décrets du 11 mai 1953.

⁶⁹² Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public, *JO*, 27 juillet 1983, p. 2326, com. A. JEAMMAUD, *AJDA*, 1983, p. 563 ; X. PRÉTOT, *RA*, 1984, p. 29. Cette loi fait suite aux nationalisées décidées en 1982 pour des considérations économiques.

⁶⁹³ Alors que, depuis l'origine, les représentants élus des salariés doivent être présents en nombre au moins égal au tiers des effectifs du conseil d'administration ou de surveillance, la « troisième catégorie » dispose, à partir de la loi de 1983, d'un effectif variant selon les cas, soit à effectif égal aux autres catégories dans les entreprises publiques ayant le caractère de sociétés, soit selon un calcul moins favorable fixé discrétionnairement par un décret dans les établissements publics de l'État.

⁶⁹⁴ Des exceptions sont prévues à l'article 4 et aux annexes de la loi.

⁶⁹⁵ Depuis 2015, les personnalités qualifiées peuvent également être désignées « *en raison de leur connaissance des problématiques liées à l'innovation et au développement d'entreprises innovantes* » ; loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JO*, n° 0181, 7 août 2015, p. 13537.

⁶⁹⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO*, 16 mai 2001, p. 7776 (article 138).

alors de garantir la responsabilité des entreprises publiques vis-à-vis de l'ensemble des « *parties prenantes que sont les salariés, les usagers, les territoires sur lesquels l'entreprise est implantée et ses partenaires économiques* »⁶⁹⁷. Dès lors, de l'intitulé de la loi du 1983 relative à la « *démocratisation du secteur public* », il ne reste plus grand-chose lorsque l'on se place du point de vue des usagers ou des consommateurs. Cette réduction de la place accordée aux représentants des usagers conduit G. Dumont à conclure à un « *abandon d'une conception de la participation des usagers, même sous la forme édulcorée de "personnalités qualifiées", comme manifestation de l'appartenance de l'entreprise à la Nation (...); les usagers n'ont plus vocation à représenter la Nation en tant que propriétaire de l'entreprise publique* »⁶⁹⁸. Il ajoute que « *liée, lors des nationalisations, à leur qualité de citoyen, la participation des administrés à la gestion des services publics nationaux va très rapidement perdre cette signification politique pour devenir une simple représentation des intérêts* »⁶⁹⁹. Cette « démocratisation » ne semble réellement destinée qu'aux seuls salariés qui doivent être représentés au moins au tiers des effectifs des organes collégiaux⁷⁰⁰. La situation s'est par ailleurs aggravée avec l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique⁷⁰¹, qui limite le champ d'application de la loi de 1983 aux seules entreprises ayant le statut d'établissement public industriel et commercial⁷⁰², ce qui exclut les entreprises publiques ayant le caractère de sociétés privées dont le régime se rapproche désormais du droit commun des sociétés commerciales. Dans l'ensemble des sociétés à participation publique, que la participation de l'État soit minoritaire ou majoritaire, la composition tripartite de l'organe de direction se concrétise aujourd'hui par la seule présence de représentants de l'État, de membres désignés par l'organe compétent de la société et de

⁶⁹⁷ S. NICINSKY, « L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *RFDA*, 2015, p. 93.

⁶⁹⁸ G. DUMONT, *La citoyenneté administrative, op. cit.*, p. 224-225.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 223.

⁷⁰⁰ *Idem.*

⁷⁰¹ Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *JO*, 23 août 2014, p. 14009 (article 38).

⁷⁰² En vertu de l'article 1^{er} de la loi n° 83-475 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, « *sont régis par les dispositions de la présente loi les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé* ».

représentants des salariés⁷⁰³. Une représentation de la société civile ne peut alors être assurée que par les représentants des actionnaires privés, élus par l'assemblée générale⁷⁰⁴.

103. Pour autant, face à cet échec de la représentation des usagers au sein des conseils d'administration des entreprises publiques, une place a pu être faite aux usagers-consommateurs via la création à titre facultatif d'instances de nature consultative, comme en témoigne l'exemple d'EDF dès 1975. Une instance de dialogue avec des associations de consommateurs avait été instituée pour leur permettre d'aborder les besoins et attentes des usagers dans le fonctionnement quotidien du service public de l'électricité. D'abord développé dans un cadre non officiel, ce dialogue fut institutionnalisé à l'échelon central et local par une convention signée le 2 juillet 1981 par EDF et neuf associations d'usagers et de consommateurs. Les résultats de cette expérience furent salués en ce qu'ils permirent une amélioration de l'information à destination des usagers (livret de l'utilisateur), de lisibilité des factures (tarifs, taxes), des prestations de service public offertes aux usagers, ainsi qu'un examen partagé des réclamations⁷⁰⁵. Cela démontre que l'administration peut organiser par elle-même des instruments participatifs exemplaires en dehors de toute contrainte législative, situation qui se présente dans le cadre de l'action des collectivités territoriales qui disposent d'une large liberté en la matière.

⁷⁰³ Articles 3 et suivants de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *JO*, 23 août 2014, p. 14009. Voir S. NICINSKY, « L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *op. cit.*, p. 93 ; Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *AJDA*, 2015, p. 2200.

⁷⁰⁴ Sur ce point, voir aussi la décision n° 83-162 DC du Conseil constitutionnel du 19-20 juillet 1983 (considérant 27), *Rec. Cons. Const.*, p. 43. Le constitutionnel censure les dispositions qui prévoyaient que les représentants des actionnaires privés étaient désignés par décret, et non par l'assemblée générale au motif qu'il « n'appartenait pas au législateur de conférer purement et simplement au Gouvernement le pouvoir discrétionnaire d'assigner des représentants à des actionnaires privés », entrant ainsi en contradiction avec « un principe fondamental du droit de propriété et des obligations civiles et commerciales relevant, aux termes de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi ».

⁷⁰⁵ Voir notamment M.-C. HENRY-MEININGER, « France », in *Les entreprises publiques et l'utilisateur*, Bruxelles, 1986, IISA, p. 91.

b) *La liberté accordée aux collectivités territoriales pour composer leurs organes consultatifs*

104. La question du caractère significatif ou non de la représentation de la société civile se pose avec une acuité particulière dans le cadre des organes consultatifs institués pour assurer la participation des habitants et des usagers à la vie locale. En effet, alors qu'il peut en imposer la constitution, le législateur ne prévoit pas les modalités de composition des commissions consultatives des services publics, des commissions pour l'accessibilité, des conseils de quartier et des comités consultatifs. Tout au plus, les dispositions du code général des collectivités territoriales indiquent que ces organes consultatifs peuvent être composés notamment de représentants associatifs ou imposent la représentation proportionnelle entre la majorité et l'opposition⁷⁰⁶. Mais, la place respective des élus et des non-élus reste laissée à la discrétion de l'organe délibérant de la collectivité. Comme l'évoque C. Ferrari-Breur, le risque réside dans le fait que « *ces commissions [peuvent] rester sous le contrôle des élus et n'offrir que peu de place à la participation* »⁷⁰⁷ des citoyens. Ce risque est d'autant plus grand lorsque la constitution de l'organe est obligatoire. En limitant la place accordée aux représentants des associations locales et des habitants, une collectivité territoriale récalcitrante y trouvera un moyen de contrecarrer la contrainte qui lui est pourtant imposée. Il ne faut cependant pas tomber dans la caricature. Dans la pratique de nombreuses collectivités tâchent d'assurer une représentation équilibrée entre les différentes parties prenantes dans le cadre de la liberté qui leur est accordée.

Il est toutefois un dispositif qui revient sur la liberté accordée aux autorités locales, il s'agit de l'institution obligatoire des conseils citoyens, institués par la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine. Alors que ce dispositif « *pourrait n'apparaître comme rien d'autre qu'une injonction participative de plus adressée à l'encontre des autorités locales* »⁷⁰⁸, son régime juridique traduit une démarche innovante visant à garantir l'indépendance et l'autonomie des conseils citoyens vis-à-vis de la collectivité territoriale. Outre que cette dernière ne peut pas être la « *structure porteuse* » (cette qualité qui doit être

⁷⁰⁶ Cette règle de représentation proportionnelle s'impose dans les commissions consultatives des services publics locaux en vertu de l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales.

⁷⁰⁷ C. FERRARI-BREUR, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. La participation du public aux décisions des collectivités », *JCP A*, n° 4, novembre 2002, 1110.

⁷⁰⁸ P. MOZOL, « Une approche partiellement renouvelée de la démocratie participative locale. À propos des conseils de citoyens », *op. cit.*

reconnue à une personne morale présente sur le quartier : association, centre social associatif...) ⁷⁰⁹, la participation citoyenne se réalise au détriment des élus locaux, dont la présence n'est pas la bienvenue. Il s'agit d'une innovation importante, la composition du conseil citoyen est strictement limitée à des membres de la société civile. Plus précisément, ses membres sont désignés parmi deux collèges, le collège des représentants des associations locales et des représentants d'« *acteurs locaux* » et le collège des « *habitants* », dont les critères de désignation et de représentativité diffèrent.

⁷⁰⁹ Voir Circulaire n° Cabinet/C102:2017/41 du 2 février 2017, relative aux conseils citoyens, NOR : VJSC1703528C.

B – La désignation des participants soumises à l'exigence de représentativité

105. Les acteurs aptes à participer peuvent être nombreux au sein de la société civile, mais tous n'ont pas vocation à être désignés. Pour compenser la restriction quantitative de la représentation de la société civile, il semble nécessaire de garantir la présence des acteurs les plus à même de représenter le corps social dont ils émanent. Cette exigence de représentativité est tantôt laissée à la discrétion de l'administration (1), tantôt organisée par le législateur (2).

1) Une représentativité laissée à la discrétion de l'administration

106. Le modèle le plus souple consiste pour l'administration à désigner librement les personnalités qu'elle juge aptes à représenter le corps social dont elles émanent. Cette situation est courante. Elle se retrouve régulièrement pour la représentation des acteurs professionnels, lorsque ce ne sont pas les organismes professionnels (ordres professionnels et chambres professionnelles, dont les membres sont élus par leurs pairs) qui sont consultés. Dans ce cas, les dispositions législatives ou réglementaires se bornent à préciser que des représentants des acteurs professionnels sont nommés par l'administration, ce qui lui offre un large panel de solutions possibles tant que les personnalités désignées dans l'organe collégial sont membres de la profession ou du secteur d'activité concerné. Il en va de même dans toutes les hypothèses où les représentants d'intérêts doivent être désignés en raison de leur appartenance à une structure syndicale ou associative. À défaut de dispositions plus précises, l'administration peut désigner assez librement des personnalités à condition qu'elles soient issues de telles structures. Pour le Conseil d'État, « *en l'absence de règles législatives précisant la façon dont doit être appréciée la représentativité des organisations (...) appelées à être désignées (...), et notamment en l'absence d'une exigence de représentativité (...), le gouvernement dispose d'un large pouvoir d'appréciation, sous le contrôle du juge administratif, portant sur les motifs sur lesquels le gouvernement s'est fondé pour prendre sa décision et, notamment, sur l'erreur manifeste susceptible d'affecter ses motifs* »⁷¹⁰. Dans cette hypothèse, il revient tout de même à l'administration de retenir des critères objectifs de sélection que le juge s'autorise à

⁷¹⁰ CE, 14 juin 2000, n° 185168, Fédération syndical unitaire.

contrôler dans le cadre d'un contrôle restreint de l'erreur de manifestation. Sous cette seule limite, l'administration dispose bien d'un « *large pouvoir d'appréciation* », puisque le panel des personnalités potentiellement aptes à participer est étendu.

Cette liberté d'appréciation se prolonge à l'échelle des collectivités territoriales pour désigner les représentants des associations et acteurs locaux invités à intégrer les commissions consultatives des services publics, les commissions pour l'accessibilité, auxquels s'ajoutent souvent des habitants individualisés dans les conseils de quartier et les comités consultatifs. En la matière la pratique locale est variée. Mais, bien qu'elle soit d'usage fréquent, cette ouverture à de simples habitants doit être doublement relativisée. D'abord, parce que les équipes municipales ont tendance à associer des habitants politisés, ayant des liens étroits avec les équipes municipales (souvent les colistiers lors de l'élection précédente). Ensuite, parce que les candidatures sont souvent peu nombreuses, au point qu'il n'est pas toujours besoin de retenir des critères de sélection pour limiter le nombre de membre de ces instances. C'est à ces deux limites qu'a tenté de répondre l'institution des conseils citoyens, s'inscrivant dans les hypothèses où le législateur organise plus précisément les modalités de sélection des participants afin de garantir leur représentativité.

2) *Une représentativité organisée par le législateur*

107. Le législateur s'immisce plus ou moins intensément dans le processus de sélection des participants en encadrant voire en supprimant le pouvoir discrétionnaire de l'administration en vue d'assurer leur représentativité, par l'octroi d'un label de représentativité à certaines structures (a), par le mécanisme électoral (b) et, plus étonnamment, par le tirage au sort (c).

a) *L'octroi d'un label de représentativité*

108. L'administration peut être contrainte de désigner des personnalités sur proposition de structures auxquelles le législateur a octroyé un label de représentativité, lorsque ce ne sont pas ces structures qui désignent elles-mêmes leurs représentants.

Ces modalités de désignation limitant le pouvoir de l'administration se présentent généralement lorsqu'il convient d'assurer la participation des représentants des syndicats d'employeurs, de salariés et de travailleurs indépendants, faisant une large place aux organisations représentatives. Ainsi en va-t-il du mode de désignation des membres des organes de gestion de la sécurité sociale, dont l'histoire a été particulièrement mouvementée. En 1945, les représentants des assurés étaient élus au niveau local par les assurés eux-mêmes et par leurs représentants au niveau des caisses régionales et de la caisse nationale. L'ordonnance « Jeanneney » du 21 août 1967⁷¹¹ supprime le système électif, en le remplaçant par une désignation par les organisations les plus représentatives. Il s'agit des cinq confédérations syndicales représentatives des salariés (CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC, CGC) et des trois organisations représentatives des employeurs et indépendants (MEDEF, CGPME, Union professionnelle artisanale)⁷¹². La loi du 17 décembre 1982⁷¹³ rétablit le principe de l'élection pour la désignation des représentants des assurés pour les seules caisses primaires et caisses d'allocations familiales. Ils restaient désignés par les cinq confédérations syndicales représentatives dans les autres organes. De leur côté, les représentants des employeurs restaient toujours désignés par leurs organisations représentatives. Enfin, l'ordonnance « Juppé » du 24 avril 1996⁷¹⁴ a généralisé le mode de désignation des administrateurs par les organisations représentatives. De la même façon, au sein du Conseil économique, social et environnemental⁷¹⁵ et des conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux⁷¹⁶, les membres représentant les salariés, les entreprises et les activités professionnelles non salariées, sont désignés, pour chaque catégorie, par les organisations professionnelles les plus représentatives.

⁷¹¹ Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale, *JO*, 22 août 1967, p. 8403.

⁷¹² Pour la caisse d'allocation familiale et les caisses d'allocation familiales, un représentant de chacune des catégories est désigné par l'union nationale des associations familiales.

⁷¹³ Loi n° 82-1061 du 17 décembre 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale, *JO*, 18 décembre 1982, p. 3779.

⁷¹⁴ Ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale, *JO*, 25 avril 1996, p. 6301.

⁷¹⁵ Article 7 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

⁷¹⁶ Article R. 4134-3 du code général des collectivités territoriales.

Parallèlement, compte tenu de la très grande diversité d'associations de protection des consommateurs⁷¹⁷, de protection de l'environnement⁷¹⁸ et des usagers du système de santé⁷¹⁹, le législateur s'appuie dans ces secteurs sur le dispositif de l'agrément institué respectivement depuis la loi 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat⁷²⁰, la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature⁷²¹ et la loi du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme⁷²², ainsi que la loi « Kouchner » du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁷²³. L'octroi d'un agrément vise à reconnaître la représentativité de certaines structures associatives en vue de leur confier des droits spécifiques. Pour être agréées à l'échelle nationale ou territoriale, les associations doivent essentiellement remplir des critères temporel (durée d'existence), matériel (objet statutaire et activité effective dans le domaine concerné, *activité non lucrative*) et organique (nombre suffisant de membres cotisants, fonctionnement démocratique, indépendance vis-à-vis des institutions et des professionnels)⁷²⁴, attestant de leur capacité à représenter les intérêts qu'elles défendent, à savoir les consommateurs, l'environnement et les usagers du système de santé, qu'il s'agisse du malade, des proches ou des utilisateurs potentiels⁷²⁵. Sont aujourd'hui concernées au niveau national 15

⁷¹⁷ Voir notamment J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 51-52 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4e édition, 2017, p. 61 et s ; G. PAISANT, « Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs », *Jurisclasseur commercial*, Fasc. 1200 ; J. FERRANDO, Y. PUIG, « Le mouvement consommateur, hier et aujourd'hui », *Economie & Humanisme*, n° 357, juillet 2001, p. 14.

⁷¹⁸ Dans ce domaine, il existe des dizaines de milliers d'associations, parmi lesquelles peuvent se cacher « *des personnes soucieuses de protéger exclusivement leurs intérêts particuliers de propriétaires ou (...) les intérêts de certains grands partis politiques* ». M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 158.

⁷¹⁹ Plus de 8 000 associations qui ont pu être recensées. L. et B. TRICOT, *Annuaire des associations de santé*, publication B. Tricot consultant, 12e édition, 2007. Comme l'évoque P. Hassenteufel, « *le monde des représentants est en effet très divers et très éclaté puisqu'il va des associations de patients ciblées sur une pathologie à des organisations généralistes telles que les associations de consommateurs ou les associations familiales* ». P. HASSENTEUFEL, « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS*, 2012, p. 477.

⁷²⁰ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *JO*, 30 décembre 1973, p. 14139 (article 46) ; Voir aussi la Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JO*, 6 janvier 1988, p. 219.

⁷²¹ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JO*, 13 juillet 1976, p. 4203 (article 40). Dispositions aujourd'hui codifiées aux articles L. 141-2 et s. du code de l'environnement.

⁷²² Loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme, *JO*, 1^{er} janvier 1977, p. 4.

⁷²³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118. Elle fait suite aux États Généraux de la Santé de 1999 et aux propositions du groupe de travail présidé par E. Caniard (*La place des usagers dans le système de santé*, Rapport et propositions du groupe de travail animé par E. CANIARD, La documentation française, 2000).

⁷²⁴ Articles L. 811-2 et R. 811-1 du code de la consommation ; articles L. 141-1 et L. R. 141-2 du code de l'environnement ; article L. 1114-1 et R. 1114-1 du code de la santé publique.

⁷²⁵ Comme l'évoque D. CRISTOL, « *l'usager n'est donc plus seulement celui qui est dans un rapport d'usage avec le système sanitaire et que l'on réifie en considérant que sa perte d'autonomie est peu compatible avec l'exercice d'une quelconque citoyenneté. L'usager est un usager potentiel et derrière chaque individu se profile un usager en puissance* » ; D. CRISTOL, « Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 453.

associations dans le domaine de la consommation⁷²⁶, 41 associations dans celui de l'environnement⁷²⁷ et 151 associations d'usagers du système de santé⁷²⁸. Il existe parallèlement de nombreuses associations agréées à l'échelle territoriale. Pour ces associations, les effets de l'agrément sont doubles. L'agrément confère une présomption d'intérêt à agir lors d'un recours en justice, que ce soit pour se porter partie civile ou pour contester un acte administratif⁷²⁹. De façon plus relative, l'agrément octroie également aux associations label de représentativité les invitant, dans le cadre des lois et règlements en vigueur, « à participer à l'action des organismes publics concernant l'environnement » comme l'énonce l'article L. 141-2 du code de l'environnement. Le Conseil d'État a même pu considérer que « l'agrément pour la protection de l'environnement a pour objet de favoriser, par la voie des associations agréées, la participation des citoyens à la concertation locale sur les décisions relatives à l'environnement »⁷³⁰. C'est dans ce cadre que, dans le domaine sanitaire, la loi « Kouchner » du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁷³¹ apporte un renouveau fondamental à la représentation des usagers en posant la règle selon laquelle « seules les associations agréées représentent les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique »⁷³² ; règle qui a pris effet à compter de 2006 suite au décret d'application du 31 mars 2005⁷³³. Or, malgré ces reconnaissances de principe, accordée aux associations agréées, et à leur très large mise en œuvre, il faut constater que la portée droit de participer reste tout à fait relative.

En premier lieu, l'agrément n'est d'abord pas toujours nécessaire. Dans de multiples hypothèses, le législateur n'impose pas la représentation des seules associations agréées. Dans le cadre de la protection des consommateurs, si seules des associations agréées intègrent le

⁷²⁶ L'UFC-Que Choisir, la Consommation, Logement et cadre de vie (CLCV), la Confédération général du logement (CGL), la Confédération nationale du logement (CNL), la Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT), le Conseil national des associations familiales laïques (CNAFAL), la Confédération nationale des associations familiales catholiques (CNAFC), la Confédération syndicale des familles (CSF), Familles de France, Familles rurales, l'Union nationale des associations familiales (UNAF), l'Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur (ADEIC), l'Association Force ouvrière consommateurs (AFOC), l'Association Léo Lagrange pour la défense des consommateurs (ALLDC) et l'Association pour l'information et la défense des consommateurs salariés-CGT (Indeco-CGT).

⁷²⁷ [https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/rubrique Les associations agréées.](https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/rubrique/Les%20associations%20agr%C3%A9%C3%A9es)

⁷²⁸ Chiffres février 2017 issus du site internet www.sante.gouv.fr ; rubrique Droits collectifs/L'agrément des associations.

⁷²⁹ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

⁷³⁰ CE, sect., 13 décembre 2006, n° 264115, Commune d'Issy-les-Moulineaux, *Rec.*, 556.

⁷³¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118. Elle fait

⁷³² Article L. 1114-1 I alinéa 2 du code de la santé publique.

⁷³³ Décret n° 2005-300 du 31 mars 2005 relatif à l'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique, *JO*, n° 76, 1^{er} avril 2005, p. 5875.

Conseil national de la consommation, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation⁷³⁴ ou l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail⁷³⁵, l'agrément n'est pas explicitement requis s'agissant de l'Institut national de la consommation (INC)⁷³⁶, de la Commission des clauses abusives⁷³⁷, du Conseil national de l'alimentation⁷³⁸ ou encore du Laboratoire national de métrologie et d'essais⁷³⁹. Dans le domaine sanitaire, ont été recensés en 2011 pas moins de vingt-cinq types d'instances différentes qui accueillent des représentants d'associations agréées⁷⁴⁰, qu'il s'agisse des établissements de santé ou des autres instances locales, régionales ou nationales. Mais, à ces divers échelons de l'administration sanitaire, il a été constaté une absence de systématique de l'exigence de représentativité matérielle des usagers par l'agrément⁷⁴¹, ce qui contredit la limitation aux seules associations agréées issue de la loi du 4 mars 2002. Néanmoins, l'étude des différents organes collégiaux intervenant actuellement dans ce domaine démontre que cette situation tend à se résoudre, même si elle peut encore subsister ponctuellement⁷⁴². Au niveau régional, les associations agréées sont aujourd'hui présentes dans l'Agence nationale de santé publique⁷⁴³, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux⁷⁴⁴, l'Etablissement français du sang⁷⁴⁵, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé⁷⁴⁶, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail⁷⁴⁷, l'Agence de la Biomédecine⁷⁴⁸, l'Observatoire des risques médicaux⁷⁴⁹, la Conférence nationale de santé⁷⁵⁰ ou la Commission nationale des accidents médicaux⁷⁵¹, les comités de

⁷³⁴ Article R. 615-1 du code de la consommation.

⁷³⁵ Article R. 1313-4 du code de la santé publique.

⁷³⁶ Article R. 822-4 du code de la consommation.

⁷³⁷ Article R. 822-18 du code de la consommation.

⁷³⁸ Article D. 824-4 du code de la consommation.

⁷³⁹ Article R. 823-2 du code de la consommation.

⁷⁴⁰ M.-A. CERETTI, L. ALBERTINI, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, op. cit., p. 189. Pour une étude détaillée en 2017, voir A. BIOSSE DUPLAN, *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, op. cit., p. 162 et s.

⁷⁴¹ D. CRISTOL, « Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », op. cit., p. 453.

⁷⁴² La réponse à cet objectif constituait l'un des objectifs du rapport rédigé en 2011 par M. A. Cerreti et L. Albertini. A.-M. CERETTI, L. ALBERTINI, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, op. cit.

⁷⁴³ Article R. 1413-3 du code de la santé publique. Elle regroupe depuis 2016 les anciens Institut national de veille sanitaire, Institut national de prévention et d'éducation pour la santé » et Etablissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires.

⁷⁴⁴ Article R. 1142-43 du code de la santé publique.

⁷⁴⁵ Articles L. 1222-5 et R. 1222-1 du code de la santé publique.

⁷⁴⁶ Article L. 5322-1 du code de la santé publique.

⁷⁴⁷ Article R. 1313-4 du code de la santé publique.

⁷⁴⁸ Article R. 1418-6 du code de la santé publique.

⁷⁴⁹ Article D. 1142-64 du code de la santé publique.

⁷⁵⁰ Article L. 1411-3 et Article D. 1411-37 du code de la santé publique.

⁷⁵¹ Article R. 1142-24 du code de la santé publique.

protection des personnes⁷⁵², les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales⁷⁵³, les conférences régionales de la santé et de l'autonomie⁷⁵⁴, les agences régionales de santé⁷⁵⁵. Pour ces deux dernières instances, la participation des associations agréées se réalise depuis la loi « HPST » du 21 juillet 2009 aux côtés des associations non agréées de personnes handicapées, de retraités ou de personnes âgées, ce qui fait exception à la règle de principe posée depuis la loi du 4 mars 2002. Parallèlement l'agrément n'est pas explicitement requis pour assurer la représentation usagers dans le Comité national de l'organisation sanitaire et sociale⁷⁵⁶, les conseils territoriaux de santé⁷⁵⁷, les établissements de transfusions sanguines⁷⁵⁸. Enfin, les associations de protection de l'environnement doivent être agréées pour intégrer notamment l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie⁷⁵⁹ et ses commissions nationales des aides⁷⁶⁰, la Commission nationale du débat public⁷⁶¹, le Comité national de l'initiative française pour les récifs coralliens⁷⁶², aux commissions chargées d'élaborer les plans nationaux d'élimination des déchets⁷⁶³, l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail⁷⁶⁴, l'Agence française pour la biodiversité⁷⁶⁵, les agences de l'eau⁷⁶⁶, les offices de l'eau des départements d'outre-mer⁷⁶⁷, les conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques⁷⁶⁸, les commissions consultatives d'élaboration et de suivi du plan de prévention et de gestion des déchets⁷⁶⁹, les comités de pilotage Natura 2000⁷⁷⁰, ou encore les comités consultatifs des réserves naturelles⁷⁷¹. Mais, cet agrément n'est pas nécessaire pour le Conservatoire de l'espace littoral⁷⁷², commissions locales

⁷⁵² Article R. 1123-4 du code de la santé publique.

⁷⁵³ Article R. 1142-5 du code de la santé publique.

⁷⁵⁴ Articles L. 1432-4 et D. 1432-28 du code de la santé publique.

⁷⁵⁵ Articles L. 1432-3 et D. 1432-15 du code de la santé publique.

⁷⁵⁶ Article R. 6122-4 du code de la santé publique.

⁷⁵⁷ Article R. 1434-33 du code de la santé publique.

⁷⁵⁸ Articles L. 1223-1 et R. 1223-1 du code de la santé publique.

⁷⁵⁹ Articles L. 131- 4 et R. 131- 4 du code de l'environnement.

⁷⁶⁰ Article R. 131- 15 II du code de l'environnement.

⁷⁶¹ Article L. 121- 3 du code de l'environnement.

⁷⁶² Article D. 133-26 II 6° du code de l'environnement.

⁷⁶³ Article L. 541- 11 III du code de l'environnement.

⁷⁶⁴ Article L. 1313- 4 du code de la santé publique.

⁷⁶⁵ Article R. 131-28 du code de l'environnement. Elle a été créée en 2016 à la suite de la fusion de l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), de l'Agence des aires et marines protégées, de Parcs nationaux de France et du GIP « Atelier technique des espaces naturels.

⁷⁶⁶ Article R. 213-33-I 2° du code de l'environnement.

⁷⁶⁷ Article L. 213-13 II 4° du code de l'environnement.

⁷⁶⁸ Article R. 1416-2 du code de la santé publique.

⁷⁶⁹ Article R. 541-21 du code de l'environnement.

⁷⁷⁰ Article R. 414-8 du code de l'environnement.

⁷⁷¹ Article R. 332-15 du code de l'environnement.

⁷⁷² Article R. 322- 17 du code de l'environnement.

de l'eau⁷⁷³, les comités locaux d'information et de suivi des laboratoires souterrains de déchets radioactifs⁷⁷⁴, les commissions locales d'information des installations nucléaires de base⁷⁷⁵, les commissions consultatives de l'environnement des aéroports⁷⁷⁶, les commissions départementales des risques naturels majeurs⁷⁷⁷, les secrétariats permanents pour la prévention des pollutions et des risques industriels⁷⁷⁸ ou encore les commissions régionales de l'économie agricole et du monde rural⁷⁷⁹.

Dans ce domaine de protection de l'environnement, il faut constater que l'agrément peut, en second lieu, ne pas être suffisant pour permettre la participation. En effet, le législateur a lui-même mis en place, par la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, un dispositif spécifique à l'article L. 141-3 du code de l'environnement permettant à certaines associations agréées d'être désignées « *pour prendre part au débat sur l'environnement qui se déroule dans le cadre des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable, sans préjudice des dispositions spécifiques au Conseil économique, social et environnemental* »⁷⁸⁰. Ces instances sont énumérées par le décret n° 2011-833 du 12 juillet 2011 fixant la liste des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable⁷⁸¹. Sont concernées dix-huit instances consultatives nationales⁷⁸², six instances régionales⁷⁸³ et six instances départementales⁷⁸⁴.

⁷⁷³ Article R. 212-30 du code de l'environnement.

⁷⁷⁴ Article L. 542-13 du code de l'environnement.

⁷⁷⁵ Article L. 125-20 du code de l'environnement.

⁷⁷⁶ Article L. 571-13 XI du code de l'environnement.

⁷⁷⁷ Article R. 565-6 II 2° du code de l'environnement.

⁷⁷⁸ Article D. 125-35 du code de l'environnement.

⁷⁷⁹ Article R. 313-46 du code rural.

⁷⁸⁰ Les conditions sont précisées à l'article R. 141-21 du code de l'environnement.

⁷⁸¹ Décret n° 2011-833 du 12 juillet 2011 fixant la liste des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable, *JO*, n° 0161, 13 juillet 2011, p. 12152, texte n° 7. En lien CE, 25 sept, 2013, n° 352660, Société française pour le droit de l'environnement et a, *AJDA*, 2013, p. 2472.

⁷⁸² Le Conseil national de la transition écologique, le Comité national de l'eau, le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sûreté nucléaire, le Conseil national de la mer et des littoraux, le Conseil national du bruit, le Conseil supérieur de l'énergie, le Conseil national de la montagne, le Conseil national des déchets, la Commission des produits chimiques et biocides, le Conseil national de l'air, le Conseil national du paysage, le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, le Comité national de la biodiversité, la Commission des comptes et de l'économie de l'environnement, le Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire, le Comité économique, éthique et social du Haut Conseil des biotechnologies, le Conseil national de la chasse et de la faune sauvage, le Conseil supérieur de la forêt, des produits forestiers et de la transformation du bois.

⁷⁸³ Les conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux, les conseils de la culture, de l'éducation et de l'environnement, les comités de bassin, les commissions régionales de l'économie agricole et du monde rural, les commissions régionales de la forêt et des produits forestiers et les comités régionaux trames verte et bleue.

⁷⁸⁴ Les conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques, les commissions départementales de la nature, des paysages et des sites, les commissions départementales d'orientation de l'agriculture, les commissions départementales d'aménagement foncier, les commissions départementales de la consommation des espaces agricoles, et les commissions départementales de la chasse et de la faune sauvage.

Seules vingt-trois associations disposent de ce « super agrément » pour participer aux instances consultatives concernées. Les associations simplement agréées sont désormais exclues de ces instances. Tout au plus, l'article R. 141- 24 du code de l'environnement permet au niveau régional et départemental de nommer des associations simplement agréées en cas d'un nombre insuffisant d'associations disposant de cet agrément spécial. Dès lors, le seul droit de participer véritablement attaché à l'agrément est consacré à l'article L. 132-12 du code de l'urbanisme, selon lequel les associations agréées de protection de l'environnement, ainsi que les associations locales d'usagers agréées au niveau communal, sont consultées à leur demande pour l'élaboration des schémas de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme.

b) L'élection des usagers

109. L'élection des usagers par leurs pairs est un mode de désignation qui ne peut pas faire l'objet d'une généralisation. En effet, les contacts entre un service public et ses usagers sont généralement assez distendus. Le service public peut faire face à un usager ponctuel ou de passage, ce qui est le cas dans les domaines sanitaire⁷⁸⁵, culturel, des transports. Le service public peut aussi faire face à un usager à distance, ce qui est le cas dans les domaines de l'audiovisuel, de l'énergie ou des prestations sociales. Dans ces secteurs, la relation établie peut tout à fait s'analyser en termes de clientèle ou d'acte de consommation. Assurer l'élection des usagers au sein des organes de gestion buterait soit sur une difficulté d'identifier des usagers ayant vocation à participer, toute personne pouvant être un utilisateur potentiel, soit sur une

⁷⁸⁵ La représentation des patients peut seulement se réaliser dans le mouvement associatif puisque, même s'ils sont présents physiquement et parfois de manière prolongée au sein de l'établissement, les patients ne forment collectivement pas un corps permettant une sélection des représentants en leur sein. Comme l'évoque M.-L. Moquet-Anger, « *l'obstacle principal à la représentation de ces usagers est à la fois conjoncturel et structurel : conjoncturel tout d'abord car le malade est dans un état de fragilité (somatique ou psychologique) qui lui interdit fonctionnellement toute action de représentation, structurel ensuite car le malade est souvent isolé, impuissant et seul face à l'adversité que constituent la maladie, le handicap, la souffrance. Très exactement il ne dispose pas de la force corporatiste, syndicale, professionnelle ou politique, moteur des différents groupes de pression habituels. Enfin, le malade n'a le plus souvent de rapport social, financier ou même juridique qu'avec les professionnels de santé dans ce qu'il est usuellement convenu d'appeler le contrat médical* ». Dès lors, les patients et plus largement les usagers du système de santé « *vont trouver dans le mouvement associatif, un soutien, un appui, parfois même un exutoire ou, plus fréquemment, un moyen d'action ou de pression grandissant* ». M.-L. MOQUET-ANGER, « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A*, n° 15, 10 avril 2006, n° 1094. La mission des associations de patients consiste en effet à apporter une aide aux patients atteints de maladie à divers niveaux : information à l'orientation ; soutien personnalisé ; recherche médicale après collecte de fonds ; constitution d'une expérience collective pour en être porte-parole auprès de l'opinion publique, du corps médical, des pouvoirs publics et des industries de santé, ce qui fut notamment le cas lors des États Généraux du Cancer de 1998 et surtout des États Généraux de la Santé de 1999.

distance géographique très défavorable à la participation effective des intéressés. De la même façon, dans ces domaines, il n'existe pas de véritable cohésion, de liens de proximité entre les usagers eux-mêmes, en dehors d'un éventuel partage d'intérêts communs dont les structures associatives restent les plus à même d'assurer la représentation.

Trois secteurs administratifs partagent toutefois des caractéristiques favorables à la participation des usagers en dehors de structures associatives censés les représenter. Excepté le domaine des prisons pour lequel la représentation des détenus n'est pas organisée juridiquement⁷⁸⁶, le législateur a développé le système de l'élection des représentants des usagers dans les domaines de l'enseignement et de l'action sociale et médico-sociale. Dans ces domaines, la présence physique prolongée dans le temps des usagers au sein d'une institution chargée de les accueillir et de les prendre en charge, offre une proximité immédiate permettant d'organiser, par la voie de l'élection, leur représentation au sein des divers organes de gestion. Mais, alors que dans le domaine de l'enseignement l'élection se déploie aux différents échelons de mise en œuvre et de définition de la politique publique, ce dispositif reste cantonné aux seuls établissements et services sociaux et médico-sociaux dans ce secteur administratif, qui privilégie dans les autres organes la représentation associative. À ce titre, le législateur reconnaît particulièrement le rôle des associations de soutien aux personnes handicapées. La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁷⁸⁷ a souhaité systématiser la présence des associations de personnes handicapées. Issu de cette loi, l'article L. 146-1 A. du code de l'action sociale et des familles dispose que « *dans toutes les instances nationales ou territoriales qui émettent un avis ou adoptent des décisions concernant la politique en faveur des personnes handicapées, les représentants des personnes handicapées sont nommés sur proposition de leurs associations représentatives (...)* », même si en la matière, il n'est pas là question d'organiser un dispositif d'agrément.

⁷⁸⁶ Voir *supra* n° 89.

⁷⁸⁷ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO*, 12 février 2005, p. 2353.

c) *Le tirage au sort*

110. Le tirage au sort pourrait sembler s'opposer à l'exigence de représentativité, car il s'agit justement de désigner des personnalités en dehors de tout critère objectif. Cependant, le tirage au sort a semblé pour le législateur être un bon moyen d'assurer la représentation des habitants au sein des conseils citoyens institués dans le cadre de la politique de la ville. Comme nous avons eu l'occasion de le voir, l'institution de ces organes consultatifs a eu pour ambition de favoriser une meilleure implication des habitants des quartiers en difficulté, en réponse aux insuffisances des conseils de quartier jugés comme n'offrant pas un cadre assez favorable⁷⁸⁸. La représentation des habitants y est en effet souvent limitée en raison du faible nombre de candidatures et de la présence d'individualités déjà bien implantées dans le tissu local. Pour garantir une meilleure implication des habitants, et donc la représentativité des conseils citoyens, la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine a institué un dispositif innovant pour la désignation des membres du collège des habitants reposant sur un système de tirage au sort. Plusieurs précautions ont été prises afin de favoriser une représentation la plus large et la plus fidèle possible. Il est prévu que le tirage au sort est effectué sous la responsabilité conjointe des partenaires du contrat de ville, majoritairement à partir d'une ou plusieurs sources existantes et mobilisables (répertoires d'immeubles localisés, fichiers EDF, fichiers des organismes HLM) et pour partie sur la base d'une liste composée de volontaires suite à un appel à candidatures largement diffusé⁷⁸⁹. Aussi louable soit-il, ce dispositif fait peser le risque de l'abstention des citoyens sélectionnés en dehors de toute démarche volontaire. Le mode de désignation du collège des associations locales et des représentants d'« *acteurs locaux* » apparaît plus crédible. Il s'opère sur la base d'un appel à candidature largement diffusé et si le nombre de volontaires excède la part réservée à ce collège, il peut être procédé à un tirage au sort⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Voir *supra*, n° 93.

⁷⁸⁹ *Cadre de références des conseils citoyens*, <http://www.ville.gouv.fr/IMG/pdf/cadre-de-referance-conseils-citoyens.pdf>.

⁷⁹⁰ *Idem*.

Conclusion du chapitre 1

111. L'étude de la procédure contradictoire et des formes de représentation des intérêts renforce à première vue le sentiment de diversité de la participation du citoyen à la décision administrative. Leurs caractéristiques les opposent fortement. Alors que la procédure contradictoire se traduit par une participation ponctuelle et individualisée, la participation indirecte des représentants d'intérêts, spécialement au sein des organes collégiaux, implique l'association régulière de ces acteurs à l'action des autorités administratives. Mais ces modèles partagent le même caractère restreint, puisqu'à défaut d'être directement affecté par une décision individuelle défavorable, le citoyen n'est associé à la prise de décision qu'indirectement par le recours à la représentation de ses intérêts, collectifs ou objectifs. Ces instruments de « première génération » ne répondent pas à l'objectif d'ouverture du processus décisionnel à la participation de chacun qui anime le droit depuis les années 1980. Pour identifier de telles formes de participation ouverte, il faut donc se tourner vers une « seconde génération » d'instruments participatifs.

Chapitre 2 – Le développement complémentaire des modèles de participation ouverte

112. Même s'il est possible de leur trouver des origines plus anciennes, de nouveaux modèles de participation se sont développés spécialement à partir des années 1980, en ouvrant plus largement la participation du citoyen à la décision administrative. L'ambition de ces instruments de participation ouverte a d'abord consisté à offrir un cadre favorable à la participation de chacun, sans que le droit de participer soit monopolisé par des représentants d'intérêts intégrés au sein d'organes collégiaux. La « qualité à participer » n'est alors plus fondée sur un intérêt matériel à défendre ou la présence d'acteurs à représenter. Pour réaliser cette participation directe du citoyen à la décision administrative, ont été institués parallèlement deux catégories d'instruments participatifs. La première a fait l'objet d'un développement timoré, il s'agit des processus référendaires locaux (Section 1). La seconde a quant à elle été développée de façon plus affirmée, il s'agit des procédures de participation du public (Section 2).

Section 1 – Le développement timoré des processus référendaires locaux

113. Les processus référendaires permettent aux citoyens, lorsqu'ils ont la qualité d'électeurs, de participer directement à la prise de décision par la voie d'un vote de portée consultative ou décisionnelle. Alors que l'institution des processus référendaires de portée constitutionnelle ou législative remonte au XVIII^e siècle, la reconnaissance juridique des processus référendaires de portée administrative est beaucoup plus récente (§ 1). Elle ne s'est réalisée progressivement qu'à partir du début des années 1970, pour l'élaboration de décisions administratives ayant essentiellement des incidences locales. Si les processus référendaires locaux apparaissent comme de formidables instruments de démocratie semi-directe, l'intérêt que peut en retirer l'électeur local reste cependant très limité (§ 2).

§ 1 – La reconnaissance juridique récente des processus référendaires locaux

114. Le caractère récent de la reconnaissance juridique des processus référendaires locaux résulte davantage d'une renaissance que d'une création *ex nihilo*. En France, l'histoire de ces processus référendaires, c'est d'abord celle d'un abandon progressif jusqu'au début du XX^e siècle (A). Ce n'est qu'à partir des années 1970 que ces outils de démocratie semi-directe ont été progressivement légalisés (B).

A – L'abandon progressif des instruments de démocratie directe ou semi-directe locale

115. Alors qu'elle trouvait originellement une place importante dans l'administration des villes du Moyen-Âge, deux facteurs ont contribué à une disparition de la démocratie directe ou semi-directe locale. En premier lieu, pour des raisons tant pratiques et qu'idéologiques, le thème de la démocratie directe a progressivement quitté le plan local pour réapparaître au plan national à partir de la seconde partie du XVIII^e siècle (1). En second lieu, les tentatives d'introduction des instruments référendaires locaux, à compter de la fin du XIX^e, se sont heurtées à une prohibition juridique de leur usage (2).

1) La « nationalisation » du thème de la démocratie directe

116. Les techniques de démocratie semi-directe moderne peuvent trouver un lointain ancêtre. Au Moyen-Age, on retrouve des illustrations d'une « *participation directe et active des citoyens aux décisions* »⁷⁹¹ dès la fin du XI^e siècle en France, dans les villes de consulat du Midi et du Sud, ainsi que dans les communes affranchies du Nord⁷⁹², mais aussi notamment dans les localités des États voisins de la France, principalement le Saint-Empire-Romain-Germanique, en lien avec l'affirmation des villes et communautés face au pouvoir seigneurial. Jusqu'au XV^e

⁷⁹¹ A. KPODAR, « Référendum local : en attendant l'adoption de la loi organique », *JCP A*, n° 26, 23 juin 2003, 1606.

⁷⁹² A. COUDEVYLLE, « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *RA*, 1978, p. 497.

siècle, avec le développement du phénomène urbain et de l'activité économique, les seigneurs reconnaissaient aux villes et communautés, formées de groupes d'habitants, « les bourgeois », des privilèges d'autonomie inscrits dans une charte en contrepartie de charges financières et d'une obligation de vassalité. Ces villes et communautés étaient alors administrées par une « assemblée générale des habitants », dont la composition pouvait être tout aussi bien ouverte à tous les habitants que restreinte à quelques habitants privilégiés (représentants de corporations, chefs des principales familles, notables, nobles). Cette assemblée générale des habitants se réunissait ponctuellement pour traiter des décisions les plus importantes, généralement les décisions intéressant les finances de la collectivité ou la gestion des biens paroissiaux⁷⁹³. A. Coudevylle l'illustre lorsqu'il énonce que « *le peuple était convoqué pour sanctionner les principaux engagements contractés par la commune et pour régler les rapports des citoyens entre eux ou leurs rapports avec la commune (juridiction des jurés, instructions criminelles, pénalités, calcul de la taxe communale)* »⁷⁹⁴. Il revenait ainsi aux habitants de délibérer collégialement des affaires de la commune, ce qui constitue une forme de démocratie directe locale. Cette assemblée générale des habitants avait également pour fonction de désigner les agents habilités à représenter la communauté ou à la diriger. Avec l'accroissement démographique, au sein des multiples localités urbaines, le pouvoir de décider fut de plus en plus souvent transmis à des représentants élus périodiquement par cette assemblée. Partant, l'assemblée générale des habitants constituait aussi un embryon de démocratie représentative locale en tant que corps électoral.

Progressivement, de tels mécanismes de participation directe locale vont disparaître en France, dans un contexte de centralisation de l'exercice du pouvoir. Avec l'institutionnalisation de l'État, qui s'affirmera véritablement à partir du XVI^e siècle sous l'Ancien Régime, l'exercice du pouvoir a été de plus en plus centralisé. Si l'absolutisme marqua le triomphe du pouvoir royal, il ne mit pour autant pas fin à l'autonomie des villes et communautés. Ces dernières conservèrent leur privilèges mais elles se virent désormais concurrencées par les pouvoirs dévolus aux représentants du pouvoir royal, qu'il s'agisse de l'Intendant et plus localement de l'officier local, le maire, c'est-à-dire celui qui disposait de l'office lui accordant des prérogatives particulières pour administrer la ville ou la communauté. Le système de l'assemblée générale des habitants ne fut pas aboli pour autant. L'Ancien Régime n'a pas mis

⁷⁹³ J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », *RFDA*, 1996, p. 440 et s. ; R.-C. BENNER, *De l'intervention directe des électeurs dans la gestion des affaires municipales : le référendum communal. Etude de législation comparée*, Thèse, Université de Toulouse, 1897, p. 29 et s.

⁷⁹⁴ A. COUDEVYLLE, « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *op. cit.*, p. 497.

fin à la diversité locale, malgré une tentative d'institution d'un régime uniforme avec l'édit de Compiègne de 1764. La réorganisation de l'administration locale se réalisera concrètement sous la Révolution avec la mise en place du système de l'élection des administrateurs par la population. Le mouvement révolutionnaire en faveur de l'égalité a conduit l'Assemblée constituante, dans sa déclaration du 4 août 1789, à proclamer que « *tous les privilèges des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants (...) sont abolis sans retour, et demeureront confondus dans le droit commun de tous les Français* ». Cette proclamation aboutit à la loi des 14 et 18 décembre 1789 qui organisa un régime communal uniquement fondé sur le système représentatif.

Ce système représentatif local s'est imposé partout dans les États occidentaux. Mais il faut tout de même relever que le système de l'assemblée générale des habitants n'a pas totalement disparu de par le monde. Des États font particulièrement exception à ce mouvement et ont conservé cette forme de participation directe de tous les habitants dans les petites communautés. Il en va ainsi spécialement de la Suisse, où la « *Landsgemeinde* » continue à administrer les instances de certaines collectivités. Comme la décrit F. Hamon, au plan cantonal, « *la "Landsgemeinde" est une assemblée générale des citoyens, qui se réunit une ou deux fois par an, et dans laquelle on vote à mains levées, d'une part sur la désignation ou le renouvellement des membres du Gouvernement et, d'autre part, sur les projets présentés par celui-ci* »⁷⁹⁵. Si sur ce même plan cantonal, ce dispositif médiéval a été largement remplacé par le mécanisme référendaire⁷⁹⁶, il continue de régir le fonctionnement d'une majorité des communes suisses⁷⁹⁷. D'autres États connaissent également encore cette assemblée. En Allemagne, la « *Gemeindeversammlung* » est reconnue à l'article 28 de la Loi fondamentale allemande, qui dispose que « *dans les communes, l'assemblée des citoyens de la commune peut tenir lieu de corps élu* ». Elle y est toutefois très marginalement présente, puisque seule une quarantaine de communes de moins de cent habitants fonctionneraient sur ce modèle, toutes situées dans les *Länder* du Brandebourg et du Schleswig-Holstein⁷⁹⁸. En Espagne, la loi de 1985 sur l'organisation des élections locales a institué un système semblable pour les communes de moins de cent habitants. Au total, 932 municipalités seraient concernées⁷⁹⁹. Aux États-Unis, les

⁷⁹⁵ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative, op. cit.*, p. 114.

⁷⁹⁶ Il survit principalement dans des cantons alémaniques faiblement peuplés, à savoir les cantons de l'Appenzel, du Glaris et de l'Unterwald.

⁷⁹⁷ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne : le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 76.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 76-77.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 77.

États du Nord-Est, essentiellement, connaissent le système des « *town-meetings* » pour l'adoption des grandes décisions intéressant les municipalités, spécialement en matière financière et d'aménagement.

117. Pour en revenir au système français, il faut relever que depuis 1795, et jusqu'à l'avènement de la III^e République, la disparition de l'assemblée générale des habitants n'a pas été compensée par une réflexion sur l'introduction d'instruments de démocratie semi-directe qui, pour des raisons idéologiques, ont été seulement envisagés à l'échelle nationale. Par tradition jacobine, il y a longtemps eu une défiance du pouvoir central vis-à-vis de l'exercice d'un pouvoir local autonome, qui ne sera réellement consacré qu'à partir de l'« acte I » de la décentralisation de 1982. Mais surtout, dans le cadre de la philosophie des Lumières, sous la Révolution, et même jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la question de l'introduction du référendum était étroitement liée à celle de l'exercice de la souveraineté populaire, donc la question était essentiellement posée au regard des pouvoirs constituant et législatif. L'instrument référendaire va être formalisé pour la première fois au sein de la Constitution de l'an I du 24 juin 1793, elle-même adoptée par un référendum du 4 août 1793. Alors que la Constitution du 3 septembre 1791 prévoyait que « *les fonctions des Assemblées primaires et électorales se bornent à élire ; elles se sépareront aussitôt après les élections faites* »⁸⁰⁰, la Constitution de l'an I avait prévu que « *les Assemblées primaires se forment extraordinairement, sur la demande du cinquième des citoyens qui ont droit d'y voter* »⁸⁰¹, notamment pour rejeter les lois proposées ou votées par le Corps législatif. Les abus provoqués sous la Terreur conduiront la Constitution du 5 fructidor an III, elle-aussi adoptée par référendum⁸⁰², à adopter une position plus tempérée. Elle refuse de leur consacrer un autre pouvoir que celui d'élire les représentants, hormis le cas de l'acceptation d'une révision constitutionnelle⁸⁰³. La pratique des référendums constitutionnels, qualifiés de « *plébiscites* », constituera un véritable instrument au service des Bonaparte pour l'institutionnalisation progressive des I^{er} et IInd Empires⁸⁰⁴. Par rejet du bonapartisme, la

⁸⁰⁰ Article 1^{er} de la Section IV du Chapitre I^{er} du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791.

⁸⁰¹ Article 34 de la Constitution de l'an I (24 juin 1793).

⁸⁰² Avec seulement 3,8 % de participation électorale.

⁸⁰³ Articles 26, 27, 28, 29, 361 et 363 de la Constitution du 5 fructidor an III.

⁸⁰⁴ Napoléon I^{er} a organisé quatre plébiscites. Le premier en 1799 pour la mise en place du Consulat ; le deuxième en 1802 pour instaurer le consulat à vie ; le troisième pour installer l'Empire ; le quatrième en 1815 pour faire approuver l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire. Napoléon III a organisé quant à lui trois plébiscites nationaux : en 1851 pour ratifier son coup d'État ; en 1852 pour le rétablissement de l'Empire ; en 1870 pour approuver les réformes libérales de l'Empire. Napoléon III avait également organisé deux plébiscites locaux pour consulter les populations sur le rattachement de la Savoie et du comté de Nice à la France.

pratique du référendum national va tomber en désuétude sous la III^e République. Et c'est à cette époque que va resurgir le thème de la démocratie semi-directe locale.

2) *La prohibition juridique de l'usage des référendums locaux*

118. Un véritable regain de l'idée d'une participation directe des habitants au niveau local réapparaît dans les débuts de la III^e République. Le recours au procédé référendaire se banalise durant une courte période entre 1884 et 1905, puisqu'il y aurait eu une trentaine de référendums organisés à l'échelon local⁸⁰⁵. Mais ce regain va rapidement être contrecarré par des interdictions successives.

119. Dans un premier temps, le rejet de cet instrument dans le système représentatif français va se manifester par le rejet parlementaire de plusieurs propositions de lois⁸⁰⁶ apparues à cette époque. Une première visait à légaliser cette pratique en matière financière, pour compenser la disparition de la technique de l'adjonction des plus imposés. Il s'agit de la proposition de M. Machau, déposée le 27 juin 1889, dont l'article 1^{er} prévoyait que « *toutes entreprises d'utilité communale susceptibles d'engager l'avenir financier de la commune par une imposition extraordinaire, un emprunt, une taxe ou une surtaxe d'octrois... pourront être soumises au référendum préalable des contribuables* ». Selon l'article 5, sauf dépense obligatoire, le projet était repoussé « *si la moitié plus un des contribuables représentant les deux tiers du montant des rôles, ou les deux tiers des contribuables représentant plus de la moitié du montant des rôles, s'est prononcé contre le projet (...)* ». La philosophie du dispositif était inscrite dans l'exposé des motifs de la proposition, révélé par J. Viguier, selon lequel : « *il est de principe que l'impôt doit être consenti par ceux qui le payent* »⁸⁰⁷. La proposition fut repoussée le 16 juin 1890 par 308 voix contre 190. Parallèlement, d'autres propositions, visant quant à elles à

⁸⁰⁵ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 206.

⁸⁰⁶ Voir R.-C. BENNER, *De l'intervention directe des électeurs dans la gestion des affaires municipales : le référendum communal. Etude de législation comparée*, *op. cit.* ; A. BLANC, *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal*, Thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1904. A. COUDEVYLLE, « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *op. cit.*, p. 497 ; J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », *op. cit.*, p. 440 et s.

⁸⁰⁷ J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », *op. cit.*, p. 440 et s.

légaler le référendum pour l'ensemble des délibérations d'un conseil municipal, furent également rejetées. Il en est ainsi de la proposition Haussmann, déposée le 19 juin 1890, prévoyant une consultation obligatoire des électeurs si elle était demandée par la majorité absolue du conseil municipal ou par le tiers des électeurs inscrits par voie de pétitionnement, et qui fut rejetée le 19 juin 1890 ; de la proposition de M. de Lanessan, prévoyant une initiative populaire d'un vingtième des citoyens en vue de provoquer un référendum sur toute délibération du conseil municipal, qui fut repoussée le 19 février 1883 ; et de la proposition de M. Argeliès, déposée le 20 juin 1897, ouvrant le référendum pour toute question d'ordre économique ou administratif, qui fut rejetée le 21 juillet 1897 sans examen. Ces différents rejets furent tous fondés sur la volonté de protéger la République face aux dangers bonapartiste et boulangiste. A. Coudeville explique que « *le référendum par lui-même était alors dans l'esprit républicain une procédure essentiellement bonapartiste : les républicains liaient le vote direct du peuple aux tentatives qui visaient à renverser la République, craignant surtout le coup d'État populaire de Boulanger* »⁸⁰⁸. Or, comme le fait remarquer M. Paoletti, « *la décision de mettre en œuvre ces votations était essentiellement le fait, d'après les observations disponibles, de maires républicains. Il semble que ces nouveaux maires, ayant connu la pratique des référendums napoléoniens, se soient assez naturellement tournés vers ces procédures, dès lors qu'ils ont été élus à partir de 1884, même s'ils restaient soumis à l'autorité de tutelle* »⁸⁰⁹.

120. Suite à ces rejets de propositions parlementaires, la pratique du référendum va ensuite être expressément prohibée à quatre reprises. Le 23 mars 1889, le ministre de l'Intérieur M. Constans adopte une circulaire, adressée aux préfets, mentionnant qu'il « *est hors de doute que la consultation de l'Assemblée générale des électeurs sur une question d'administration communale est contraire au régime représentatif qui est la base de nos institutions politiques et de notre organisation administrative* »⁸¹⁰. Cette prohibition fut mise en application par un décret du 27 novembre 1892 annulant une délibération du conseil municipal de Paris, qui s'en était remis aux électeurs pour l'adoption d'une convention à passer avec la compagnie du gaz⁸¹¹. C'est d'ailleurs à la suite de recours contre de telles décisions d'annulation de délibérations

⁸⁰⁸ A. COUDEVILLE, « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *op. cit.*, p. 497.

⁸⁰⁹ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, *op. cit.*, p. 28.

⁸¹⁰ A. BLANC, *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal*, *op. cit.*, p. 33-35.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 88 ; M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, *op. cit.*, p. 28.

locales, que le coup le plus important porté à l'encontre de l'institution référendaire va être donné par la jurisprudence du Conseil d'État. En l'absence de texte officiel régissant la matière, s'est posée au juge la question de la légalité des pratiques de référendums locaux. Deux solutions étaient alors envisageables : soit elles étaient autorisées, selon l'adage libéral « ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé », soit elles étaient interdites car contraires par nature à l'esprit représentatif des institutions tel que mentionné à l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, disposant que « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* »⁸¹² et induit par les rejets parlementaires des propositions de légalisation. Par deux décisions, le Conseil d'État a tranché en défaveur de cet instrument participatif, en rejetant un recours exercé contre une décision préfectorale portant annulation de délibérations de conseils municipaux laissant aux électeurs le soin de prendre une décision à leur place. La première jurisprudence est l'arrêt « Commune d'Aigre » du 7 avril 1905⁸¹³ en matière de remplacement du produit des journées de prestations par une taxe vicinale. Le conseil municipal avait décidé que les contribuables avaient seuls qualité pour se prononcer par voie de référendum. À la suite de cette décision, un arrêté préfectoral annule cette délibération. Saisi d'un recours de cet arrêté, le juge administratif rejette le recours, au motif « *qu'en substituant ainsi, à la décision qui lui appartenait de prendre lui-même pour le règlement d'une affaire d'intérêt communal, la décision des électeurs intéressés, le conseil municipal a violé les dispositions précitées des lois des 5 avril 1884 (...)* ». La seconde annulation intervient le 15 janvier 1909 dans l'affaire « Commune de Brugnens »⁸¹⁴ à l'occasion d'un recours contre l'annulation préfectorale de la délibération du conseil municipal demandant à la population par voie de référendum de se prononcer sur l'usage qui serait fait de son presbytère. Le Conseil d'État déclare « *qu'aux termes de l'art. 61 de la loi du 5 avril 1884 c'est le Conseil municipal qui règle par ses délibérations les affaires de la commune ; que, par suite, en substituant à la décision qu'il lui appartient de prendre lui-même pour le règlement d'une affaire d'intérêt communal la décision des habitants, le conseil municipal a violé la disposition précitée de l'art. 61* ». L'argument alors présenté est celui de la préservation de la compétence des autorités municipales. Le conseil municipal ne peut déléguer l'une de ses compétences conférées par la loi du 5 avril 1884, organisant le régime représentatif des institutions communales.

⁸¹² Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, *JO*, 6 avril 1884, p. 1557.

⁸¹³ CE, 7 avril 1905, Commune d'Aigre, *Rec.*, p. 345 ; *DP*, 1907, III, p. 15.

⁸¹⁴ CE, 15 janvier 1909, Commune de Brugnens, *Rec.*, p. 35 ; *DP*, 1910, III, p. 97.

121. La solution semble en apparence tranchée puisque, comme l'écrit M. Paoletti, « *les référendums communaux ont été interdits à quatre reprises entre 1889 et 1909* »⁸¹⁵. Toutefois, ces deux jurisprudences n'ont pas permis de conclure définitivement à une interdiction totale de l'utilisation de ces procédés de participation directe. En effet, ce sont bien des délibérations de conseils municipaux laissant aux électeurs ou aux contribuables le soin de décider à leur place qui furent soumises au juge administratif. La question de la légalité de simples référendums consultatifs, sans portée décisionnelle, restait alors posée. Pour G. Isaac, « *le referendum de consultation (...) semblerait s'identifier à une vaste enquête de commodo et incommodo et pourrait être admis* »⁸¹⁶. Mais, à cette époque, cette question « *globalement floue, incertaine et partielle* »⁸¹⁷ était dénuée d'enjeu pratique puisque, indépendamment de cette incertitude juridique, les interdictions successives du référendum local ont réussi à en stopper la progression. En effet, comme le relève M. Paoletti, « *entre 1909 et 1971, on n'a guère trouvé les traces de l'existence que d'un seul référendum local : en 1959, à Montendre, sur l'emplacement de la construction du nouveau lavoir* »⁸¹⁸. C. Prémat dénombre quant à lui deux consultations supplémentaires, en 1922 et en 1946⁸¹⁹. Quel qu'en soit le chiffre exact, il est certain que ce n'est que lorsque le législateur va officialiser cette pratique en 1971, même de façon partielle, que le recours aux électeurs va retrouver un léger regain.

B – La légalisation progressive des instruments référendaires locaux

122. À partir de 1971, une succession de réformes vient consacrer juridiquement l'usage des processus référendaires locaux. Ils ont d'abord été légalisés pour les décisions intervenant dans le domaine institutionnel (1), lorsqu'elles touchent à l'existence de collectivités territoriales. Ce n'est qu'à partir de 1992, que les processus référendaires locaux ont été institués pour l'exercice

⁸¹⁵ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, op. cit., p. 28.

⁸¹⁶ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », op. cit., p. 499.

⁸¹⁷ J.-L. FOREL, « Quelques remarques sur le "référendum local" », RA, mai juin 1992, p. 256.

⁸¹⁸ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, op. cit., p. 31-32.

⁸¹⁹ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, op. cit., p. 204-205.

des compétences des collectivités territoriales (2). Enfin, l'ordonnance du 21 avril 2016⁸²⁰ a institué un nouveau dispositif de consultation locale des électeurs pour les projets de l'État ayant des incidences sur l'environnement (3).

1) *Les référendums institutionnels locaux touchant à l'existence des collectivités territoriales*

123. En 1971, une première loi va instaurer le référendum institutionnel local en matière de fusion de communes⁸²¹, en remplacement de l'ancienne procédure d'enquête préalablement existante⁸²². L'article 8 alinéa 1^{er} de la loi « Marcelin » du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes⁸²³ organisait cette procédure en cas d'absence d'accord unanime des conseils municipaux intéressés par la fusion. Les personnes inscrites sur les listes électorales étaient alors consultées sur l'opportunité de la fusion de communes lorsque la demande en était faite soit par la moitié des conseils municipaux des communes comptant les deux tiers de la population totale, soit par les deux tiers des conseils municipaux des communes comptant la moitié de la population totale, soit par le préfet. L'accord de la population est ici envisagé comme un palliatif de l'absence d'unanimité des conseils municipaux pour décider de la fusion de communes. Il était alors prévu que la fusion était prononcée par le préfet dès lors que la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits dans l'ensemble des communes consultées était en faveur de la fusion de ces communes. Cet avis conforme liait le préfet qui ne pouvait pas prononcer la fusion lorsque les conditions de majorité requises n'étaient pas remplies. Ce dispositif accordait également un droit de veto aux électeurs de chaque commune, puisqu'une commune ne pouvait être contrainte à fusionner si la consultation faisait apparaître que deux tiers des suffrages exprimés représentant au moins la moitié des électeurs inscrits dans ladite commune avaient manifesté leur opposition à la fusion. Pour rendre la procédure plus démocratique, la loi n°

⁸²⁰ Ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016, texte n° 6.

⁸²¹ Afin de répondre au phénomène de l'émiettement communal, source d'inefficacité de l'action publique locale et d'inégalité dans l'accès au service public par les habitants, le législateur a entamé une politique de fusion de communes.

⁸²² Article 3 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, *JO*, 6 avril 1884, p. 1557 ; voir notamment A. BLANC, *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal*, *op. cit.*, p. 38-39.

⁸²³ Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de commune, *JO*, 18 juillet 1971, p.7091.

2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁸²⁴ avait rendu obligatoire cette consultation de la population en toute circonstance. Un projet de fusion adopté par l'ensemble des conseils municipaux devait être soumis au vote des électeurs des communes intéressées par la fusion. Les règles de majorités qualifiées et la faculté pour une commune de s'opposer à la fusion n'avaient pas été amendées. Les résultats de ce dispositif des fusions des communes ont été peu concluants puisque moins de 800 fusions ont été recensées concernant un peu moins de 2000 communes⁸²⁵, en comptant les quelques 180 défusions qui sont intervenues depuis. C'est clairement moins de que les 10 000 fusions initialement espérées. Reposant d'abord sur le volontariat des communes, on ne dénombre qu'un faible nombre de procédures ayant eu recours à la consultation des électeurs. Alors que B. Delaunay en recense 50 au 1^{er} janvier 1983, C. Prémat en avait relevé 186 entre 1791 et 2008⁸²⁶.

Afin de relancer ce processus, dont l'intérêt est aujourd'hui relativisé par le poids de l'intercommunalité, le législateur a mis en place le nouveau dispositif des « communes nouvelles » depuis la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales⁸²⁷, qui reprend l'esprit de la fusion de communes instituée en 1971. Souhaitant faciliter la procédure, la consultation des électeurs est de nouveau requise en l'absence d'accord des conseils municipaux concernés, c'est-à-dire « *lorsque la demande ne fait pas l'objet de délibérations concordantes des conseils municipaux de toutes les communes concernées* »⁸²⁸, ce qui peut être mal vécu par les habitants. Cette consultation des électeurs est *a contrario* requise à partir du moment où se sont prononcés en faveur de la création d'une commune nouvelle les deux tiers des conseils municipaux des communes représentant plus des deux tiers de la population totale, à leur initiative, à celle de leur établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou du préfet⁸²⁹. L'avis rendu par les électeurs a toujours la caractéristique d'un avis conforme liant l'autorité préfectorale qui reste chargée de décider ou non la création d'une commune nouvelle. La décision de fusion ne peut être prise que si la participation au scrutin est supérieure à la moitié des électeurs inscrits et que le projet recueille, dans chacune des

⁸²⁴ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545. Les dispositions étaient codifiées à l'article L. 2113-2 du code général des collectivités territoriales.

⁸²⁵ Voir notamment le recensement effectué par l'association des maires de France. http://www.amf.asso.fr/upload/fichiers/documents/AMF_24442TELECHARGER_LE_PANORAMA_DES_COMMUNES_NOUVELLES_.pdf.

⁸²⁶ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 87 ; Ch. PRÉMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 201.

⁸²⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO*, 17 décembre 2010, p. 22146, article 21.

⁸²⁸ Article L. 2113-3 du code général des collectivités territoriales.

⁸²⁹ Article L. 2113-2 du code général des collectivités territoriales.

communes concernées, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits. Si ces conditions de majorité qualifiée ne sont pas réunies dans toutes les communes, la fusion ne peut pas être prononcée par le préfet. Afin de donner un nouveau souffle au dispositif, la loi du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle⁸³⁰ garantit une meilleure reconnaissance de l'identité des communes associées mais surtout garantit aux communes nouvelles des avantages financiers qui se sont avérés un véritable levier incitatif. En effet, alors qu'au 1^{er} janvier 2015, sous l'empire de la loi du 16 décembre 2010, seules 25 communes nouvelles ont été créées, regroupant 70 communes et en supprimant 45, ce ne sont pas moins de 560 communes nouvelles regroupant près de 1 900 communes qui ont été créées au 1^{er} janvier 2018. L'essentiel de ces créations s'est réalisé sur la base du volontariat des communes, ce qui implique un très faible recours à la population⁸³¹.

124. Si l'absence de consultation des électeurs peut être contestée sur un plan moral ou politique, selon les convictions de chacun, la question a pu se poser de savoir si le caractère impératif de ce dispositif respectait ou non les compétences constitutionnellement accordées aux communes et à leurs conseils municipaux, en ce qu'il accorde un droit de véto aux électeurs. N'ayant pas été saisi en 1971, du fait de l'absence de recours par les autorités de saisine d'avant 1974, la question n'avait pas pu être tranchée par le Conseil constitutionnel. En apparence, ce dispositif n'entraîne en contradiction avec aucune disposition expresse de la Constitution, puisqu'est seul protégé le rôle de l'organe délibérant pour l'exercice des compétences des collectivités territoriales. En vertu de l'article 72, il est simplement prévu que « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* ». L'existence même d'une collectivité ne relève pas constitutionnellement de la compétence de l'organe délibérant. L'État peut tout à fait imposer une fusion de communes dans les conditions fixées par le législateur. C'est ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, commune de Dunkerque⁸³², en considérant que « *la décision de procéder à la fusion de communes ne constitue pas un acte portant atteinte à la libre*

⁸³⁰ Loi n° 2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes, *JO*, n° 0064, 17 mars 2015, p. 4921 ; Voir notamment M. LE ROUX, « La loi du 16 mars 2015, un second souffle pour les communes nouvelles », *AJDA*, 2015, p. 1266.

⁸³¹ L'organisation ponctuelle de référendum a plutôt pu faire échouer certains projets de fusion, notamment en 2016 à Ambrugeat en Corrèze.

⁸³² Décision n° 2010-12 QPC du Conseil constitutionnel du 2 juillet 2010, commune de Dunkerque, *JO*, 3 juillet 2010, p. 12121, texte n° 92 ; *AJDA*, 2010, p. 2023.

administration des collectivités territoriales ». Dans cette affaire, s'était également posée la question de savoir si la consultation des électeurs portait atteinte à la définition de la souveraineté mentionnée à l'article 3 de la Constitution, et selon laquelle « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Ce moyen a été logiquement rejeté, puisqu'il n'est nullement question de l'exercice de la souveraineté en matière de fusion de communes. La question de la constitutionnalité du recours aux électeurs avait été préalablement résolue depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁸³³. L'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution dispose depuis lors que « la modification des limites des collectivités territoriales peut (...) donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi ». Entre dans le champ des modifications des limites des collectivités territoriales l'hypothèse des fusions de collectivités territoriales, ce qu'a implicitement reconnu le juge constitutionnel en ne censurant pas sur ce point les textes qui lui ont été soumis, que ce soit en matière de fusion de communes, de création de communes nouvelles ou de fusion de départements et de régions.

125. Contrairement aux dispositifs des communes nouvelles, ne rendant pas systématique le recours au vote populaire, la loi 16 décembre 2010⁸³⁴ avait prévu l'organisation d'une consultation obligatoire des électeurs pour les procédures de fusions de départements et de régions⁸³⁵, avant qu'un décret en Conseil d'État puisse prononcer le regroupement, sur demande des collectivités territoriales concernées, formalisée par délibérations concordantes. Le Gouvernement ne pouvait donner suite à la demande que si ce projet de regroupement recueillait, dans chacune des collectivités concernées, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés, correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits. Mais l'organisation de ces référendums obligatoires a disparu à compter du 1^{er} janvier 2016 dans le cadre de la loi du 16 janvier 2015 portant réduction du nombre des régions métropolitaines⁸³⁶. Ces fusions peuvent se réaliser soit par décret sur simple délibération concordante des assemblées délibérantes, soit par le législateur lui-même ; solution qui a été mise en œuvre lors de la réforme de 2015. Là encore, on fait fi du souhait de la population locale. La question de la constitutionnalité de cette modification aurait pu être posée au regard

⁸³³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO*, 29 mars 2003, p. 5568 (article 6).

⁸³⁴ Articles 26 et 28 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO*, n° 0292, 17 décembre 2010, p. 22146.

⁸³⁵ Articles L. 3114-1 du CGCT pour les départements et L. 4123-1 II du CGCT pour les régions.

⁸³⁶ Article 3 de la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *JO*, n° 0014, 17 janvier 2015, p. 777.

de l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution, qui dispose que « (...) *la modification des limites des collectivités territoriales peut (...) donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi* ». Mais, s'agissant d'une simple faculté laissée à l'appréciation du législateur, il n'est pas question d'imposer cette consultation populaire. C'est ce que le Conseil constitutionnel a implicitement admis en ne censurant pas ce nouveau dispositif lors de son examen *a priori* de la loi⁸³⁷.

2) *Les processus référendaires pour l'exercice des compétences des collectivités territoriales.*

126. L'institutionnalisation en 1971 d'un référendum en matière de fusion de communes n'a initialement pas conduit le législateur à reconnaître cet instrument de démocratie semi-directe pour l'exercice des compétences des collectivités territoriales, qui n'est intervenue qu'ultérieurement selon deux modalités. En 1992, est institué le dispositif de la consultation des électeurs (a), de portée simplement consultative. En 2003, le constituant dérivé ouvre la voie au référendum local (b), de portée cette fois-ci décisionnelle.

a) *La consultation locale des électeurs*

127. La création du dispositif des référendums institutionnels en 1971 a vu réapparaître la pratique des référendums dans le cadre de l'exercice même des compétences des collectivités territoriales. Alors que cet usage était tombé en désuétude depuis 1909, plus de deux cents référendums auraient été organisés entre 1971 et 1992⁸³⁸, date de la première légalisation du dispositif. Cela fut permis par une large passivité des autorités préfectorales, qui n'ont pas

⁸³⁷ Décision n° 2014-709 DC du Conseil constitutionnel, 15 janvier 2015, *JO*, n° 0014, 17 janvier 2015, p. 783.

⁸³⁸ Y. JÉGOUZO, « La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République », *RFAP*, mars 1992, p. 170 ; J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *LPA*, 21 septembre 1992, p. 10. Pour un chiffre détaillé, voir M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, *op. cit.*, p. 85 ; Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 203.

souhaité voir annuler les décisions des autorités locales s'en remettant aux électeurs. Pour M. Paoletti, « *l'attitude la plus communément partagée jusqu'en 1992 est celle du retrait volontaire et du laisser faire. Le fonctionnement de la démocratie directe locale se fait en dehors du droit* »⁸³⁹, ce qui ne va pas durer.

128. À la fin des années 1970, apparaît une nouvelle proposition de légalisation de l'instrument référendaire. Il s'agit de celle du ministre de l'Intérieur C. Bonnet dans le cadre du projet de loi sur le développement des responsabilités des collectivités locales déposé au Sénat le 20 décembre 1978. Insérée à l'article 152 du projet de loi, la légalisation du référendum visait à mettre en œuvre le « programme de Blois » de Raymond Barre en 1978 dont l'un des objectifs était de « *faire participer les Français à l'administration de leur commune par la voie du référendum communal* »⁸⁴⁰. Cette proposition fut largement rejetée, par 286 voix contre 2⁸⁴¹.

Il faut alors attendre la loi du 6 février 1992⁸⁴², relative à l'administration territoriale de la République pour que soit enfin officialisée par le législateur cet instrument de démocratie directe dans la gestion des compétences des collectivités territoriales. Cette loi institutionnalise un référendum de type consultatif appelé la « consultation des électeurs », qui met en œuvre l'ambition affichée à l'article 10 de la loi selon lequel « *le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale* »⁸⁴³. Initialement introduites aux articles L. 125-1 à 121-7 du code des communes, les dispositions sont aujourd'hui présentes aux articles L. 1112-15 à 22 du code général des collectivités territoriales, depuis la loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales⁸⁴⁴. Le champ d'application de cette procédure a été élargi progressivement à l'ensemble des collectivités territoriales. Limité en 1992 aux seules communes, il va rapidement être élargi aux affaires de la compétence des établissements

⁸³⁹ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, op. cit., p. 201.

⁸⁴⁰ R. BARRE et UNION POUR LA DEMOCRATIE FRANÇAISE, *Objectifs d'action pour les libertés et la justice : présentés à Blois, le 7 janvier 1978*, Paris, France, Fayard, 1978, p. 32.

⁸⁴¹ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », op. cit., p. 10.

⁸⁴² Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064, article 21.

⁸⁴³ Cette formule est aujourd'hui codifiée à l'article L. 2141-1 du code général des collectivités territoriales.

⁸⁴⁴ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, 17 août 2004, p. 14545.

publics de coopération intercommunale (EPCI) « en matière d'aménagement »⁸⁴⁵ par la loi du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire⁸⁴⁶, en rapport avec l'objet de cette loi, puis, plus tardivement, à l'ensemble des compétences des EPCI à fiscalité propre, par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Cette extension est la bienvenue compte tenu de l'importance des compétences aujourd'hui exercées par ce niveau territorial, qui relèvent des décisions stratégiques en matière de développement économique, d'aménagement urbain, de logement, et de gestion des politiques environnementales principalement⁸⁴⁷. Cette même loi du 13 août 2004 a également ouvert le dispositif de la consultation des électeurs aux autres collectivités territoriales, au premier chef les départements et les régions⁸⁴⁸. Désormais, l'article L. 1112-15 est ainsi rédigé : « *Les électeurs d'une collectivité territoriale peuvent être consultés sur les décisions que les autorités de cette collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci. La consultation peut être limitée aux électeurs d'une partie du ressort de la collectivité, pour les affaires intéressant spécialement cette partie de la collectivité* ». Si le champ *ratione personae* est large, le champ *ratione materiae* l'est aussi. Il vise tant les délibérations de l'assemblée délibérante que les actes de l'autorité exécutive⁸⁴⁹. Il peut d'ailleurs s'agir de décisions réglementaires, d'espèce ou individuelles⁸⁵⁰. Toutefois, ce domaine d'application ne permet pas l'organisation d'une consultation des électeurs sur un objet qui relève de la compétence d'une autre collectivité publique, notamment de l'État. Saisi notamment par le préfet, le juge administratif censure systématiquement cette pratique⁸⁵¹. Il

⁸⁴⁵ Initialement codifié à l'article L. 125-2-2 du code des communes. Aujourd'hui codifié à l'article L. 5211-49 du code général des collectivités territoriales.

⁸⁴⁶ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO*, 5 février 1995, p. 1973.

⁸⁴⁷ Aujourd'hui, sauf quatre îles monocommunes, toutes les communes sont membres d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre.

⁸⁴⁸ Amendement qui avait été refusé au cours de débat relatif à la loi du 6 février 1992.

⁸⁴⁹ CE, sect., 29 décembre 1995, Géniteau, *Rec.*, p. 463 ; *RFDA*, 1996, p. 471 concl. Ch. CHANTEPY ; *AJDA*, 1996, p. 111, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *D.*, 1996, p. 273, note M. VERPEAUX ; *Quot. jur.*, 1996, n° 71, p. 8, note J. MORAND-DEVILLER ; revirement de TA Poitiers, 20 octobre 1993, Géniteau, *Rec.*, p. 524, *Quot. Jur.*, 1994, n° 2, p. 6. Sur ce point, les dispositions relatives à la « consultation des électeurs » ne sont pas aussi claires que celles relatives au « référendum local ». Contrairement à ce dernier, pour lequel il est bien précisé à l'article LO 1112-2 du CGCT que « *l'exécutif d'une collectivité territoriale peut seul proposer à l'assemblée délibérante de cette collectivité de soumettre à référendum local tout projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité* », rien n'est prévu pour la « consultation des électeurs ». Voir D. HOEFFEL, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 315, Sénat, 23 mai 2003 ; P. DELVOLVÉ, « Le référendum local », *RFDA*, 2004, p. 7 et s. ; R. DUFERNEZ, « Le référendum local décidé par les collectivités territoriales », *RLCT*, 2005, p. 48 ; M. VERPEAUX, « Référendum local et consultation locale des électeurs », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, 2006, fasc. 520 ; B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁵⁰ CE, sect., 29 décembre 1995, Géniteau, *op. cit.*

⁸⁵¹ CE, 16 décembre 1994, n° 146832, Commune d'Avrillé, *Rec.*, p. 558, *LPA*, n° 91, 31 juillet, 1995, p. 22, note D. GILLIG ; *AJDA*, 1995, p. 838, note Y. JÉGOUZO ; *RFDA*, 1996, p. 452 et s., note R. RIHAL.

s'agit d'éviter qu'une votation populaire soit organisée pour s'opposer à un projet pouvant affecter la collectivité et ses habitants. De la même façon, le législateur a pris soin de limiter le champ d'application *ratione temporis* de la consultation des électeurs pour éviter qu'elle ne puisse troubler une campagne électorale. Ainsi, aucun processus référendaire ne peut être organisé par une collectivité territoriale « pendant la campagne ou le jour du scrutin prévus pour des consultations organisées dans son ressort sur le fondement du dernier alinéa de l'article 72-1, de l'article 72-4 et du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution ; (...) le renouvellement général ou le renouvellement d'une série des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; (...) le renouvellement général des députés ; (...) le renouvellement de chacune des séries des sénateurs ; (...) l'élection des membres du Parlement européen ; (...) ; l'élection du Président de la République ; (...) un référendum décidé par le Président de la République » ; ainsi que « à compter du premier jour du sixième mois précédant celui au cours duquel il doit être procédé au renouvellement général ou au renouvellement d'une série des membres de son assemblée délibérante »⁸⁵².

129. Le dispositif mis en place reste assez sobre, en ce que cette « consultation des électeurs » n'a pas de portée décisionnelle. Toutefois, cette reconnaissance législative va permettre de clarifier une situation juridique qui laissait les pratiques locales « dans des conditions de forte précarité juridique »⁸⁵³. Selon J.-B. Auby, « jusqu'à la loi du 6 février, et en dehors du cadre particulier des fusions, la pratique du référendum communal était par essence juridiquement suspecte. Car il n'y avait guère de référendums communaux dans lesquels on ne puisse pas soupçonner quelque abandon de compétence de la part des organes locaux. (...) L'intérêt essentiel de la loi du 6 février est précisément d'opérer ici une légitimation de principe. Le référendum communal n'est plus par principe suspect, il est par principe autorisé »⁸⁵⁴.

Or, l'intervention du législateur laissait en suspens la question de la constitutionnalité de ce recours aux électeurs⁸⁵⁵. Il était acquis que l'emploi du référendum décisionnel était constitutionnellement prohibé puisque contraire à l'article 72 alinéa 3, en vertu duquel les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus », ce qui garantit la

⁸⁵² Article LO 1112-6 du code général des collectivités territoriales.

⁸⁵³ J.-B. AUBY, « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *op. cit.*, p. 37 et s.

⁸⁵⁴ *Idem.*

⁸⁵⁵ M. VERPEAUX, « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540 et s. ; M. VERPEAUX, « La loi organique relative au référendum local », *JCP G*, n° 10, 3 mars 2004, p. 114.

compétence décisionnelle des organes délibérants. La situation du référendum consultatif restait encore incertaine. Quand bien même un tel dispositif ne lie pas l'autorité locale, il a pu être affirmé que les résultats la lieraient de fait, puisqu'il ne serait politiquement pas envisageable de remettre en cause le choix du corps électeur⁸⁵⁶. Cette position avait pu trouver un écho en jurisprudence avant l'apparition de la loi du 6 février 1992. Se prononçant sur la décision d'un département recourant à la consultation des électeurs, le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion avait affirmé que cette décision méconnaissait l'article 72 alinéa 3 de la Constitution⁸⁵⁷. Mais la constitutionnalité du dispositif de la consultation des électeurs a été implicitement reconnue, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi avant la promulgation de cette loi et qu'il ne souleva pas d'office cette question dans sa décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995⁸⁵⁸ lors de l'examen de la loi du 4 février 1995, ce qu'il était en droit de faire en application de sa jurisprudence « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie »⁸⁵⁹. De cette absence d'examen des lois complétant ou modifiant la portée de celle de 1992, on ne pouvait que conclure à la reconnaissance implicite de la constitutionnalité du dispositif de la consultation des électeurs⁸⁶⁰. Depuis 2003, la question n'a plus guère d'intérêt dès lors qu'une révision constitutionnelle a ouvert la possibilité du référendum décisionnel pour l'exercice des compétences des collectivités territoriales. Qui peut le plus, peut le moins.

b) *Le référendum local*

130. Issu de l'acte II de la décentralisation, et plus spécifiquement de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁸⁶¹, le nouvel article 72-1 alinéa 2 de la Constitution introduit en droit local le dispositif du référendum décisionnel, jusqu'à présent prohibé compte tenu des compétences réservées aux organes élus des collectivités territoriales. L'article 72-1 alinéa 2 de

⁸⁵⁶ On sait aujourd'hui que ce postulat trouve des contre-exemples. Ainsi en va-t-il de la consultation des électeurs de Loire Atlantique au sujet du projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes qui a eu lieu le dimanche 26 juin 2016. Alors que le « oui » l'a emporté à hauteur de 55,17 %, le projet n'est toujours pas effectivement lancé.

⁸⁵⁷ TA Saint-Denis-de-la-Réunion, 2 août 1982, Hubert-Delisle, *JCP*, 1983, II, 19994, note F. MICLO.

⁸⁵⁸ Décision n° 94-358 DC du Conseil constitutionnel, 26 janvier 1995, loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO*, 1er février 1995, p. 1706 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 183.

⁸⁵⁹ Décision n° 85-187 DC du Conseil constitutionnel, 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie *JO*, 26 janvier 1985, p. 1137 ; *Rec.*, p. 43.

⁸⁶⁰ M. VERPEAUX, « Le "référendum local" et la Constitution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, p. 125 ; A.-M. LE POURHIET, « L'articulation entre le référendum local et la souveraineté nationale », *op. cit.*, p. 171-172.

⁸⁶¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO*, 29 mars 2003, p. 5568.

la Constitution dispose que « *dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité* ». La loi organique a été adoptée le 1^{er} août 2003⁸⁶² et est codifiée aux articles LO 1112-1 à 14 du code général des collectivités territoriales. Il est prévu que le projet est adopté si la moitié au moins des électeurs inscrits a pris part au scrutin et s'il réunit la majorité des suffrages exprimés⁸⁶³. Sont concernées l'ensemble des décisions de l'assemblée délibérante ainsi que les projets d'acte de l'exécutif relevant des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité, à l'exception des projets d'acte individuel⁸⁶⁴. Comme l'évoque B. Faure, « *les raisons à l'origine de cette restriction ne sont pas contestables. D'une part, la décision populaire s'accommode mal du respect des règles propres à ce type de décision (contradiction, motivation, protection des droits acquis). D'autre part, il est prudent de ne pas soumettre au débat public, fût-ce au nom de l'exigence démocratique, des décisions à même de conférer des avantages particuliers (passation d'un contrat avec la collectivité, octroi d'un permis de construire, décisions à l'égard des agents de la collectivité...)* »⁸⁶⁵, d'autant plus que ces avantages peuvent constituer des droits subjectifs au profit de ces personnes. Ces arguments conduisent à remettre en cause la faculté toujours laissée aux autorités locales d'organiser une consultation des électeurs à propos d'une décision individuelle⁸⁶⁶.

131. Puisque seules les collectivités territoriales sont visées par la Constitution⁸⁶⁷, le législateur n'a pas pris soin d'instituer ce mécanisme pour la gestion des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)⁸⁶⁸, ce qui aurait été juridiquement possible car la compétence des organes délibérants des EPCI n'est pas constitutionnellement protégée. Cette

⁸⁶² Loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local, *JO*, 2 août 2003 p. 13218. Ensemble la décision n° 2003-482 DC du Conseil constitutionnel, 30 juillet 2003, Loi organique relative au référendum local, *JO*, 2 août 2003, p. 13303 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 414.

⁸⁶³ Article LO 1112-7 du CGCT.

⁸⁶⁴ Article LO 1112-2 du CGCT.

⁸⁶⁵ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 239.

⁸⁶⁶ Voir *supra*, note de bas de page n° 867.

⁸⁶⁷ Les collectivités territoriales d'Outre-mer sont incluses dans ce champ d'application, même si des règles spéciales s'y appliquent. Sur ce point, voir M. VERPEAUX, « Référendum local et consultation locale des électeurs », *op. cit.*

⁸⁶⁸ L'Assemblée nationale a rejeté en première lecture de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République deux amendements, présentés par M. Gilles Bourdouleix et défendus par M. Augustin Bonrepaux, ayant pour objet de permettre aux communautés urbaines, aux communautés d'agglomération et aux communautés de communes d'organiser des référendums décisionnels locaux et aux électeurs de leurs communes membres de bénéficier du droit de pétition (Journal Officiel des débats de l'Assemblée nationale – troisième séance du vendredi 22 novembre 2002).

transposition serait surtout souhaitable. Cette limitation pose un véritable problème démocratique ou du moins limite son intérêt dans les communes, compte tenu des compétences désormais transférées à l'action intercommunale. Comme l'énonce S. Pinon, « *un aperçu de ces compétences (...) fait passer l'argument de "la coquille vide" du registre de la pure polémique à celui de la réalité du terrain* »⁸⁶⁹. Selon elle, « *c'est donc toute la philosophie politique du constituant qui s'effondre* »⁸⁷⁰, puisque « *il suffira, dans ces communautés de déclarer une compétence d'intérêt communautaire pour la faire échapper, provisoirement ou durablement, à la décision des électeurs* »⁸⁷¹. Des arguments justifiant cette restriction sont notamment présentés par J.-F. Lachaume pour qui « *une telle solution s'explique facilement car il ne faut pas que les électeurs puissent être amenés à trancher directement par le biais d'un tel référendum des conflits susceptibles d'opposer une ou des communes membres du groupement ou d'opposer des communes entre elles à propos de l'activité du groupement, voire de permettre au sein de l'EPCI à une commune très importante d'imposer sa loi aux autres et à l'établissement, sans compter qu'on ferait jouer un procédé de démocratie directe à propos des décisions relevant en principe d'organes désignés au suffrage universel indirect* »⁸⁷². Cette présentation des choses, qui « *paraît assez artificielle* » selon J.-P. Duprat⁸⁷³, implique une reconnaissance de l'intercommunalité comme un simple regroupement de communes défendant chacune leurs propres intérêts, ce qui laisse de côté l'intérêt supérieur de leur regroupement. Surtout, la promotion des outils de démocratie semi-directe est d'autant plus pertinente que les membres de l'organisme en question sont élus au suffrage indirect, ce qui permet de rapprocher les électeurs de sa gestion. Aujourd'hui, cet argument ne tient d'ailleurs plus dans la mesure où, depuis la loi du 17 mars 2013⁸⁷⁴, les membres des organes délibérants des EPCI représentant les communes de plus de 1 000 habitants sont élus au suffrage universel direct par voie de fléchage sur une liste distincte de la liste des candidats aux élections municipales, même si les deux listes sont présentes sur le même bulletin⁸⁷⁵. Il reste tout de même, ce que reconnaît J.-F. Lachaume lui-même, qu'« *eu égard aux compétences importantes dont disposent certains*

⁸⁶⁹ S. PINON, « L'occasion manquée de la démocratie participative dans le République décentralisée », *LPA*, 20 juillet 2004, p. 15.

⁸⁷⁰ *Idem.*

⁸⁷¹ Y. LUCHAIRE et F. LUCHAIRE, *Décentralisation et constitution. Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Economica, 2003, p. 32.

⁸⁷² J.-F. LACHAUME, « Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales », *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, 2004, p. 390-391.

⁸⁷³ J.-P. DUPRAT, « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1er août 2003 », *AJDA*, 2003, p. 1862 et s.

⁸⁷⁴ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *JO*, 18 mai 2013, p. 8242.

⁸⁷⁵ Article L. 273-9 du code électoral.

EPCI (...), l'exclusion du référendum décisionnel de l'exercice des compétences de ces EPCI risque d'engendrer des frustrations et des tensions, d'autant qu'il est quelquefois reproché à ces structures d'être justement éloignées de la population et d'être grevées d'un certain déficit démocratique (...) »⁸⁷⁶. Il y a ici une question de principe qui tendrait à voir évoluer la législation.

132. L'introduction du référendum décisionnel avait conduit le Sénat, en première lecture de la loi du 13 août 2004, à voter la suppression du dispositif de la consultation des électeurs pour les collectivités locales dans la mesure où elles peuvent organiser des référendums, tout en maintenant les dispositions pour les EPCI, pour qui le référendum local n'est pas ouvert. Le rapport du sénateur J.-P. Schosteck justifiait ce choix en posant la question : « *Imagine-t-on que des élus locaux puissent justifier devant leurs électeurs qu'ils préfèrent les consulter plutôt que les laisser décider ?* »⁸⁷⁷. Le mécanisme sera heureusement rétabli par l'Assemblée nationale au cours de la navette parlementaire. L'existence de deux dispositifs parallèles ne pose pas de problème particulièrement gênant, puisqu'ils n'ont pas tout à fait la même finalité. Si le « référendum local » confie au corps électoral le soin de prendre la décision par lui-même, la « consultation des électeurs » ne vise qu'à sonder la population tout en laissant aux représentants le soin d'apprécier le résultat du scrutin. L'existence des deux mécanismes permet de diversifier les pratiques. Certains d'élus locaux préfèrent recourir à la consultation des électeurs, qui leur apparaît comme plus compatible avec le pouvoir de décision en dernier recours qui leur est accordé. C'est pour cette même raison que le référendum local est moins usité que la consultation des électeurs⁸⁷⁸.

3) *La consultation des électeurs relatives aux projets de l'État ayant des incidences sur l'environnement*

133. Suite au scandale lié au décès du militant écologiste Rémi Fraisse, le 26 octobre 2014, à la suite d'un tir de grenade par un gendarme lors d'affrontement dans la « zone à défense »

⁸⁷⁶ J.-F. LACHAUME, « Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 390-391.

⁸⁷⁷ J.-P. SCHOSTECK, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 31, Sénat, 22 octobre 2003, p. 375.

⁸⁷⁸ Voir *infra*, n° 36.

au barrage de Sivens, le Président de la République François Hollande avait proposé le 11 février 2016 le recours au référendum local pour déverrouiller des situations d'enlisement menaçant la réalisation effective de projets d'aménagement ayant fait l'objet d'autorisations administratives, tels que l'emblématique projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes. Proposé sous la forme d'une consultation locale des électeurs par l'État, par un rapport de la commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental présidée par Alain Richard⁸⁷⁹ et remis à la Ministre de l'environnement Ségolène Royal, ce dispositif a été mis en place par une ordonnance du 21 avril 2016⁸⁸⁰, prise en application de l'article 106 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁸⁸¹, portant sur ce point habilitation au Gouvernement à intervenir au titre de l'article 38 de la Constitution. Il est prévu à l'article L. 123-20 du code de l'environnement que « *l'État peut consulter les électeurs d'une aire territoriale déterminée afin de recueillir leur avis sur un projet d'infrastructure ou d'équipement susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement dont la réalisation est subordonnée à la délivrance d'une autorisation relevant de sa compétence, y compris après une déclaration d'utilité publique* »⁸⁸² et que « *l'aire de la consultation correspond à celle du territoire couvert par l'enquête publique dont ce projet a fait l'objet ou, lorsque plusieurs enquêtes publiques ont été réalisées au titre de législations distinctes, à celle de l'ensemble du territoire couvert par ces enquêtes* »⁸⁸³. Ce choix d'annexer le champ d'application de la consultation des électeurs sur celui de l'enquête publique environnementale⁸⁸⁴ permettait de limiter juridiquement ce dispositif à un seul département, compte tenu de la compétence attribuée au préfet. Ce choix contesté⁸⁸⁵ visait surtout à calibrer ce dispositif de consultation locale des électeurs pour le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes, qui en constitue à ce jour le seul exemple de mise en œuvre. La limitation du vote aux seuls électeurs de Loire-Atlantique, plus directement concernés et enclins

⁸⁷⁹ A. RICHARD, *Démocratie environnementale : débattre et décision*, Rapport de la commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, 2015, p. 14, 23 et s. Cette proposition avait déjà été effectuée par B. Delaunay en 1993. B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, p. 75.

⁸⁸⁰ Ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016, texte n° 6.

⁸⁸¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JO*, n° 0181, 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1.

⁸⁸² Article L. 123-21 du code de l'environnement.

⁸⁸³ Article L. 123-22 du code de l'environnement.

⁸⁸⁴ Voir *infra*, n° 163 et 164.

⁸⁸⁵ Les principales critiques ont porté sur la distinction entre le champ de la consultation avec la zone de chalandise (recouvrant les territoires des régions Pays-de-la-Loire, Bretagne et Centre-Val-de-Loire) et les collectivités qui apportent un financement (régions Pays-de-la-Loire et Bretagne).

au projet, a permis d'obtenir un vote favorable lors de la consultation qui a eu lieu le dimanche 26 juin 2016. Mais, alors que le « oui » l'a emporté à hauteur de 55,17 %, pour un taux de participation de 51,08%, le projet a été abandonné par une décision rendue publique le 17 janvier 2018. S'il ne faut pas présager de l'avenir en la matière, il est peu probable que l'État renouvelle cette expérience qui n'a pas pu conduire à la réalisation d'un projet ayant pourtant obtenu l'aval des électeurs locaux. L'intérêt de l'introduction de ce dispositif de la consultation locale des électeurs en matière environnementale en ressort très limité.

§ 2 – L'intérêt limité des processus référendaires pour les électeurs locaux

134. La légalisation des référendums consultatifs et décisionnels locaux a été saluée par la doctrine. J.-L. Péreau y voit « *une nécessité pour la démocratie* »⁸⁸⁶. Pour J.-P. Francou, « *demander aux habitants d'une commune leur avis sur des problèmes qui les concernent directement n'est pas une bizarrerie, c'est un impératif* »⁸⁸⁷, louant ainsi cette « *procédure véritablement démocratique* »⁸⁸⁸. Dans le même sens, « *le référendum semble constituer en effet à l'évidence un parfait instrument de la démocratie* »⁸⁸⁹, selon J. Viguier, puisque « *les gains obtenus par l'institution de ces procédures sont tels en matière de démocratie locale que ce processus doit impérativement se développer, ne serait-ce que pour rapprocher l'administration des administrés et rendre un droit d'expression directe aux citoyens* »⁸⁹⁰, comme l'évoque N. Belloubet-Frier. Il faut partager cette vision selon laquelle le référendum reflète une aspiration de la conscience collective des français à la démocratie. C'est sur ce point que se positionne J.-M. Denquin lorsqu'il affirme que « *cette procédure s'impose pour des motifs métajuridiques* »⁸⁹¹. Or, l'impact de cette reconnaissance juridique reste très limité si l'on se fie à son usage « *sporadique* »⁸⁹² en France (A). Contrairement à la situation française,

⁸⁸⁶ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 15.

⁸⁸⁷ J.-P. FRANCOU, « Le référendum local. Heurs et malheurs », *op. cit.*

⁸⁸⁸ *Idem.*

⁸⁸⁹ J. VIGUIER, « Référendum local et référendum national : chronique d'un déclin amorcé ? », *RLCT*, 2005, p. 51.

⁸⁹⁰ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 163.

⁸⁹¹ J.-M. DENQUIN, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, 1999, p. 81-82.

⁸⁹² P. SADRAN, « Le référendum local », *op. cit.*, p. 31.

d'autres États occidentaux voient se développer une pratique plus intensive de ces instruments participatifs (B).

A – L'usage sporadique des processus référendaires locaux en France

135. Si la légalisation des processus référendaires locaux a pu avoir une incidence sur leur usage, cet impact s'avère très limité lorsque l'on dresse le panorama de leur pratique en France (1). Ce faible usage s'explique par le monopole dont bénéficient les autorités administratives pour initier l'organisation des processus référendaires locaux (2).

1) Panorama de la faible pratique des processus référendaires locaux en France

136. À l'instar du référendum de portée législative ou constitutionnelle, l'usage du référendum de portée administrative reste exceptionnel en France. L'étude de la doctrine et des sources officielles sur ce sujet ne permet pas de donner des chiffres exacts. Il a été démontré⁸⁹³ que les sources officielles tirées de la Direction générale des collectivités locales (DGCL) peuvent être affectées de quelques erreurs. Les collectivités territoriales ne transmettent pas toujours la délibération décidant de l'organisation du référendum, notamment du fait de l'illégalité de ce dernier ; les préfetures ont pu ne pas transmettre des données exactes ; la DGCL a pu mal retranscrire ces données ; les référendums portant sur une partie du territoire d'une commune ne sont pas pris en considération. De manière générale, la doctrine n'a pas toujours donné de chiffrage parfaitement concordant⁸⁹⁴. Quelle que soit cette difficulté à établir

⁸⁹³ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 198 et s.

⁸⁹⁴ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, 1996, p. 168 ; M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, *op. cit.*, p. 21 ; C. BLATRIX, « Le référendum local, une procédure de démocratie participative ? Bilan et perspectives », in D. GAXIE, *Luttes d'institutions, enjeux et contradictions de l'administration territoriale*, L'Harmattan, 1997, p. 265-269 ; J.-P. FRANCOU, « Le référendum local. Heurs et malheurs », *DA*, juillet 2000, chron. 13 ; S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, 2001, p. 142 ; P. MOZOL, *La participation du public à la vie municipale*, Thèse de droit, Université d'Aix-Marseille, 2002, p. 344 ; D. HOEFFEL, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 315, Sénat, 23 mai 2003, *op. cit.*, p. 8 ; A. KPODAR, « Référendum local : en attendant l'adoption de la loi organique », *op. cit.* ; P. SADLAN, « Les enjeux de la réforme, Démocratie locale : les carences de l'"Acte II" », *Cahiers français*, janvier-février 2004, p. 75.

des données exactes, elle ne se situe qu'à la marge. Pour se référer à une étude assez détaillée, il est possible de prendre pour source la thèse de Ch. Premat. Entre 1992 et 2005, il relève environ 400 consultations engagées, auxquelles il faut ajouter les quelques 350 qui auraient eu lieu entre 1971 et 1992, et les neuf référendums décisionnels apparus depuis la légalisation de ce dispositif en 2004. Si on y retire les procédures engagées au titre des fusions de communes, le système français aurait alors connu environ 580 référendums organisés sur la période 1971-2005. Dans l'immense majorité des cas, la portée de la procédure est uniquement consultative et communale. Ces quelques données chiffrées dressent un constat pessimiste. La pratique référendaire reste très minime. La moyenne annuelle se situe à 15 référendums par an. Cette estimation a été marquée par de larges variations. La pratique s'est majoritairement concentrée sur des périodes où le contexte politique faisait du référendum une question de portée nationale. M. Paoletti calcule que 53% des référendums ayant eu lieu entre 1982 et 1993 ont été organisés à partir de 1990, année durant laquelle le projet de loi est rendu public⁸⁹⁵. De la même manière, sur la période 1971-1981, 45 % ont été organisés entre 1978 et 1979, ce qui correspond au projet de loi du gouvernement de R. Barre⁸⁹⁶. Elle conclut que « *ce n'est donc pas le droit mais la communication qui modifie la pratique* »⁸⁹⁷. Sauf quelques rares exceptions, « *l'expérience est toujours unique, jamais renouvelée dans la vie d'une commune* »⁸⁹⁸. Ainsi, ramené au plus de 35 357 communes françaises⁸⁹⁹, aux départements et aux régions, il faudrait plus de deux millénaires pour que toutes les collectivités aient accueilli un tel mécanisme participatif. Comme l'évoque P. Sadran, ce n'est clairement pas « *le signe d'une débordante vitalité de la démocratie participative* »⁹⁰⁰. Force est de constater que le système représentatif local n'a pas été déstabilisé par l'introduction en droit français de cet instrument de démocratie semi-directe⁹⁰¹. Le citoyen ne peut donc pas compter sur le référendum, qu'il soit décisionnel ou simplement consultatif, pour participer à la vie locale. Il s'agissait là pourtant d'un objectif majeur de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

⁸⁹⁵ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, op. cit., p. 193.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 195.

⁸⁹⁷ *Idem.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁸⁹⁹ Chiffre au 1^{er} janvier 2018.

⁹⁰⁰ P. SADRAN, « Le référendum local », *Regards sur l'actualité*, décembre 2002, p. 31.

⁹⁰¹ Voir notamment J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », op. cit., p. 440 et s. Selon cet auteur, il faut « *éviter ici de confondre démocratie directe et référendum. La démocratie directe impliquerait que toute décision émane de l'ensemble des membres d'une collectivité alors que les procédés de démocratie semi-directe, tels que le référendum, permettent, dans certains cas, à ceux qui appartiennent à une communauté donnée, de se prononcer à la place de leurs représentants* ».

2) Une initiative maîtrisée par les autorités administratives

137. Si les instruments référendaires ne sont que peu usités en France, il semble que cette situation soit pour partie due à l'absence d'accompagnement de ce dispositif participatif par une véritable initiative citoyenne⁹⁰². Certes non retenue dans le cadre de la procédure de création d'une commune nouvelle et du référendum local, l'initiative citoyenne a été pourtant formellement consacrée au sein du dispositif de la consultation des électeurs.

En 1992, l'institutionnalisation du dispositif de la consultation des électeurs n'incluait pas d'initiative citoyenne permettant aux électeurs d'en demander l'organisation. Le souhait de préserver le système représentatif justifiait que seuls les élus communaux pouvaient amorcer cette procédure. Comme l'exprime A. Violat, « *on comprend parfaitement la crainte de certains élus de se voir pris en otage par des groupes de pression particulièrement structurés et organisés qui tenteraient de peser sur la vie publique locale par ce moyen alors que ces groupes pourraient parfaitement participer aux élections locales pour se faire élire et devenir les représentants de la population* »⁹⁰³. Cet argument théorique était également associé à un aspect plus pratique, à savoir la crainte d'une « *paralysie du système administratif* » et de « *déviations démagogiques* »⁹⁰⁴. Comme le craignait N. Belloubet-Frier, « *si le référendum est déclenché sur une initiative d'habitants, c'est à un risque de campagne tout au long du mandat que l'on s'expose. Ce danger est accentué du fait même que la continuité d'une politique et la stratégie du long terme dont l'administration, même locale, est nécessairement en charge risquent d'être perdues de vue* »⁹⁰⁵. Ces deux inquiétudes, de la dépossession du pouvoir des représentants et de l'agitation politique, ont justifié le choix de garantir l'esprit du système représentatif français en n'ouvrant initialement pas de droit d'initiative citoyenne.

⁹⁰² Il faut ici rappeler que initiative citoyenne ne peut s'analyser en tant que telle comme une participation citoyenne, qui concerne les phases d'instruction et de prise des décisions administratives, en ce sens qu'il n'implique pas la recherche du point de vue (consultatif ou décisionnel) du citoyen sur une décision en cours d'instruction. Voir *supra*, n° 16. Son étude est toutefois ici justifiée en tant qu'elle a un impact sur l'organisation même des instruments participatifs que sont les processus référendaires.

⁹⁰³ A. VIOLA, « La démocratie directe locale en question », *LPA*, n° 153, 1^{er} août 2003, p. 16.

⁹⁰⁴ G. ROCHDI, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire », *LPA*, n° 153, 18 décembre 1996, p. 5.

⁹⁰⁵ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 169.

Ces inquiétudes ont été en apparence levées par la reconnaissance législative de l'initiative populaire dans le cadre de la loi du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Complétant « *le dispositif de 1992 dans un sens plus démocratique* »⁹⁰⁶, elle était alors limitée aux opérations d'aménagements des communes et des EPCI, compte tenu de l'objet de la loi qui l'a instituée. Il était prévu qu'un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales pouvait saisir l'organe délibérant en vue de l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de leur décision⁹⁰⁷. Il s'agissait de concrétiser le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 4 février 1995 selon lequel « *l'État et les collectivités territoriales ou leurs groupements incitent les personnes physiques et les personnes morales de droit privé à participer à la réalisation des objectifs d'aménagement et de développement du territoire* ». Depuis l'intervention de la loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, le champ d'application de l'initiative citoyenne est élargi à « *toute affaire* » de la compétence de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale⁹⁰⁸ ou d'un EPCI⁹⁰⁹. Cette faculté n'a pas été reconnue pour le référendum local, puisque l'article 72-1 alinéa 2 de la Constitution dispose que « *les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité* » ; l'initiative restant donc cantonnée aux autorités élues.

138. Malgré les apparences, cette reconnaissance de l'initiative citoyenne en matière de consultation des électeurs reste purement formelle. Une étude attentive des conditions d'application de cette procédure démontre qu'elle est malheureusement dénuée de portée juridique au regard de deux séries de limites qui sont apportées à ce dispositif afin de préserver le caractère essentiellement représentatif des institutions locales.

Les premières d'entre elles, relatives aux conditions de recevabilité, ne portent pas réellement atteinte à la substance même de ce droit. Elles visent d'abord le champ d'application matériel, puisque les décisions de l'exécutif sont par nature exclues du dispositif ne visant que les décisions de l'assemblée délibérante. Ces limites sont également temporelles, puisque

⁹⁰⁶ S. TRAORÉ, « Feu vert pour les référendums locaux d'initiative populaire en matière d'aménagement », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁰⁷ Anciens articles L. 125-2-1 et L. 125-2-2 du code des communes

⁹⁰⁸ Article L. 1112-16 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales.

⁹⁰⁹ Article L. 5211-49 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales.

« dans l'année, un électeur ne peut signer qu'une seule demande tendant à l'organisation d'une consultation par une même collectivité territoriale »⁹¹⁰. Il faut relever que la loi du 13 août 2004 a pris le soin de supprimer les limitations auparavant fixées à l'article L. 125-2-1 du code des communes selon lesquelles cette procédure « ne peut intervenir avant la fin de la deuxième année ni après la fin de la quatrième année suivant l'élection du conseil municipal de la commune concernée », ce qui limitait abusivement son recours à deux années sur les six années que compte un mandat local, compte tenu des limitations temporelles dont sont déjà grevés les processus référendaires au titre de l'article LO 1112-6 du code général des collectivités territoriales⁹¹¹. Cette première série de restrictions porte également sur le nombre de signatures que doit recueillir l'initiative populaire pour pouvoir être prise en compte. Le seuil est fixé à 20 % des électeurs inscrits sur les listes électeurs d'une commune et à 10 % de ceux d'une autre catégorie de collectivités territoriales, département ou région⁹¹², selon l'article L. 1112-16 alinéa 1^{er} du CGCT⁹¹³. Dans ce cadre, il revient au chef de l'exécutif de vérifier la recevabilité de la demande avant qu'elle soit éventuellement examinée.

Toutes ces limitations pourraient tout à fait se comprendre si elles n'étaient pas complétées par une règle retirant toute portée à la procédure. De manière fort contestable, l'initiative populaire ne lie pas les autorités locales. Si c'est bien à l'organe délibérant qu'il revient de décider de l'organisation de la consultation, la formulation employée par le législateur de 1992 avait pu laisser croire que l'initiative populaire liait cette assemblée. L'article L. 2142-3 du code des collectivités territoriales indiquait que les électeurs « peuvent saisir » le conseil municipal. Alors que le tribunal administratif de Rennes, dans une ordonnance du 7 août 2003⁹¹⁴, estima que ces dispositions « imposent au conseil municipal de faire droit à la demande de consultation », lorsque la demande est recevable, la position inverse fut adoptée par la cour administrative d'appel de Paris, le 22 février 2005⁹¹⁵, lorsqu'elle énonça

⁹¹⁰ Article L. 1112-16 alinéa 2 du code général des collectivités territoriales.

⁹¹¹ Voir *supra*, n° 128.

⁹¹² Article L. 1112-16 alinéa 1^{er} du code général des collectivités territoriales.

⁹¹³ Initialement, un délai de quatre mois était prévu pour recueillir les signatures. Article R. 125-1-2 alinéa 1^{er} du code de des communes, tel qu'issu de l'article 1^{er} du décret n° 96-1128 du 17 décembre 1996 relatif à l'organisation de la consultation des électeurs instituée par les articles L. 2142-3 et L. 5211-20 du code général des collectivités territoriales, *JO*, n° 299, 24 décembre 1996, p. 19079 ; codifié aux articles L. 2142-3 du CGCT, pour la commune, et L. 5211-20 du CGCT, pour les EPCI. De manière très surprenante, la loi du 13 août 2004 a supprimé ce critère temporel.

⁹¹⁴ TA Rennes, ord., 7 août 2003, Association de défense site de Lancieux et de la baie du Beaussais, *DA*, 2004, comm. 2, note X. BRAUD.

⁹¹⁵ CAA Paris, 22 février 2005, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux, *AJDA*, 2005, p. 1052, conclusions A. LERCHER. Confirmant le jugement TA Versailles, 23 octobre 2001, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux, *AJDA*, 2002, p. 45, note Y. JÉGOUZO ; *DA*, 2002, n° 120, note X. BRAUD.

« qu'il appartient au conseil municipal de décider, sous le contrôle du juge, s'il entend ou non donner suite à une demande de consultation des électeurs (...) ; qu'il n'est pas tenu, lorsqu'il est régulièrement saisi d'une telle demande (...) d'organiser la consultation sollicitée ». Cette solution était proposée par le commissaire du gouvernement A. Lercher, qui reconnaissait lui-même qu'« on peut trouver contradictoire (...) d'instaurer un seuil finalement assez élevé d'un côté (20 % des électeurs) tout en laissant au conseil municipal la décision finale. Mais ce qui ne paraît pas possible, sauf à juger *contra legem*, c'est de dire que le conseil municipal a compétence liée et limite la partie de sa délibération sur le principe de la consultation demandée à un examen de la recevabilité de cette demande »⁹¹⁶. Il ne serait donc pas possible de contester juridiquement cette approche, puisque le code général des collectivités territoriales n'évoquerait qu'une simple faculté de saisine dont bénéficient les électeurs.

Soit, mais si l'organe délibérant n'est pas lié par la réunion des signatures, le minimum serait encore qu'il soit tenu d'en délibérer. Cette exigence est assez bien résumée par X. Braud. Il énonce que « la logique d'ensemble du texte adopté par le Parlement est d'encadrer au plus serré l'initiative populaire pour éviter que les autorités municipales ne se trouvent débordées ou mises en difficulté. Réunir 20% des électeurs inscrits en un temps limité (quatre mois) n'est pas chose facile, (...) la limitation à une signature par an pour les électeurs vise encore à interdire les débordements. Tous ces « garde-fous », pour reprendre l'expression des députés, n'auraient aucune utilité si le conseil municipal pouvait d'un revers de manche écarter l'organisation du référendum (...). Car en effet, pourquoi faudrait-il se fatiguer à réunir en un temps record les signatures d'un cinquième des électeurs, alors que le même résultat pourrait être obtenu par une simple lettre adressée au maire ? »⁹¹⁷. Jusqu'à la loi du 13 août 2004 et son décret du 6 décembre 2005⁹¹⁸, l'initiative citoyenne devait faire l'objet d'une délibération de l'organe délibérant. L'article L. 125-2-1 du code des communes issu de la loi du 4 février 1995 prévoyait que « le conseil municipal délibère sur le principe et les modalités d'organisation de cette consultation ». En droit, l'emploi du présent implique traditionnellement une obligation⁹¹⁹. Si la formulation avait disparu du code général des collectivités territoriales lors

⁹¹⁶ A. LERCHER, conclusions sur CAA Paris, 22 février 2005, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux », *AJDA*, 2005, p. 1052.

⁹¹⁷ X. BRAUD, « Le juge a-t-il anéanti le référendum local ? », note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux, *DA*, 2002, comm. 120.

⁹¹⁸ Décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 relatif à la consultation des électeurs et pris pour l'application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, n° 289, 13 décembre 2005, p. 19169, texte n° 6.

⁹¹⁹ Ce sujet avait fait polémique en 1986 lors du refus du président de la République François Mitterrand, lorsqu'il avait refusé de signer un projet d'ordonnance du Gouvernement de Jacques Chirac.

de la codification de 1996⁹²⁰, cette contrainte est réapparue par le décret du 7 avril 2000⁹²¹ à l'article R. 2142-3 alinéa 3 qui disposait que « *dès que la demande d'organisation d'une consultation est recevable, le maire l'inscrit à l'ordre du jour de la plus proche séance du conseil municipal suivant sa réception* ». Une disposition analogue était inscrite à l'article R. 5211-43 alinéa 3 pour les établissements publics de coopération intercommunale. Or, de façon contestable, le législateur en 2004 et le pouvoir réglementaire en 2005 ont modifié dans un sens défavorable le régime de l'initiative populaire. L'article L. 1112-16 alinéa 1^{er} dispose désormais les électeurs « *peuvent demander à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une consultation (...)* ». La formulation retenue retire définitivement le peu de portée que l'on était en droit d'attendre d'une initiative citoyenne. Lorsque l'article L. 1112-16 du CGCT mentionne que les électeurs peuvent « *demandeur* » l'inscription à l'ordre de l'assemblée une consultation des électeurs, il n'est plus question de la « *saisir* » ; elle n'est partant pas tenue d'en délibérer. Cette restriction a été transposée pour les intercommunalités par le décret du 6 décembre 2005⁹²². Ce recul du droit qui laisse l'initiative citoyenne au bon vouloir des élus locaux est contestable. Il faut alors espérer qu'ils se sentiront politiquement⁹²³ liés par une initiative populaire, à défaut de l'être juridiquement, même si la faible appropriation de ce procédé par les citoyens ne permet pas de répondre à cette question⁹²⁴. Seules font exceptions les collectivités d'outre-mer, dont le régime de l'initiative citoyenne, comme celui du droit de pétition⁹²⁵, est plus favorable aux électeurs locaux. Pour la Polynésie française⁹²⁶, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon⁹²⁷, il est explicitement prévu que les électeurs peuvent « *saisir* » et non pas simplement « *demandeur* » comme pour le reste des collectivités territoriales.

⁹²⁰ Loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie Législative du code général des collectivités territoriales, *JO*, n° 47, 24 février 1996, p. 2992.

⁹²¹ Décret n° 2000-318 du 7 avril 2000 relatif à la partie Réglementaire du code général des collectivités territoriales, *JO*, n° 0085, 9 avril 2000, p. 5469.

⁹²² Décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 relatif à la consultation des électeurs et pris pour l'application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, n° 289, 13 décembre 2005, p. 19169. Alors qu'auparavant, l'article R. 5211-43 du CGCT disposait que le président « *inscrit à l'ordre du jour de la plus proche séance de l'organe délibérant* », l'article R. 5211-42 dispose désormais que « *le président peut l'inscrire à l'ordre du jour d'une prochaine séance de l'organe délibérant* ». Voir M. VERPEAUX, « La dernière réforme - en date - du droit des consultations locales en France », *op. cit.*, p. 866 et s.

⁹²³ J.-F. LACHAUME, « Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales », *op. cit.*, p. 389.

⁹²⁴ Voir notamment E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *JCP A*, n° 44, 30 octobre 2006, p. 1254 ; P. SADRAN, « Le référendum local », *op. cit.*, p. 31.

⁹²⁵ Voir *supra*, n° 16.

⁹²⁶ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JO*, n° 52, 2 mars 2004, p. 4183, texte n° 1

⁹²⁷ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *JO*, n° 45, 22 février 2007, p. 3121, texte n° 1.

139. L'introduction du référendum a pu être vue comme un moyen de « *contrebalancer la démocratie représentative, un peu trop favorable aux élus, notamment depuis les lois de décentralisation de 1982-1983* »⁹²⁸, et de « *concilier la prise en compte de l'opinion populaire avec le monopole de la décision conféré* » aux représentants⁹²⁹. Or, l'institution des processus référendaires « *ne remet nullement en cause la démocratie représentative* »⁹³⁰. « *Si en théorie la démocratie locale est semi-représentative, il y a donc des doutes qu'elle le soit dans la pratique* »⁹³¹, compte tenu de l'absence de dispositif organisant véritablement l'initiative citoyenne et du faible usage qu'en font les autorités administratives. Cette faible pratique ne tend pas à assurer en France un avenir meilleur à cet instrument participatif. Une telle situation ne se retrouve pas nécessairement dans l'ensemble des systèmes juridiques occidentaux.

⁹²⁸ S. TRAORÉ, « Feu vert pour les référendums locaux d'initiative populaire en matière d'aménagement », *LPA*, 7 février 1997, p. 8.

⁹²⁹ J.-M. DENQUIN, « Référendums consultatifs », *op. cit.*, p. 80.

⁹³⁰ Y. JÉGOUZO, « La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République », *op. cit.*, p. 170.

⁹³¹ A. KPODAR, « Référendum local : en attendant l'adoption de la loi organique », *op. cit.*

B – Une pratique référendaire plus intensive dans certains États étrangers

140. Comme la France, les États occidentaux ont connu un essor de la pratique référendaire local dès la fin du XIX^e siècle, autour des années 1890⁹³². Ce point de départ semblable n'a toutefois pas abouti à une même appropriation juridique. Alors que les systèmes suisses et américains en ont pleinement consacré la pratique dès cette époque (1), les autres États occidentaux l'ont intégrée de façon plus relative (2) en adoptant des systèmes que l'on peut comparer avec la situation française, malgré les différences substantielles tenant notamment à l'usage de ces instruments.

1) La pleine intégration du référendum local en Suisse et aux États-Unis

141. Les systèmes suisse et américain ont pleinement consacré la pratique des référendums dès la fin du XIX^e siècle. S'ils diffèrent au plan fédéral puisque, contrairement à la Suisse, les États-Unis ne l'ont pas autorisé à ce niveau, leurs différents systèmes locaux se rejoignent par le recours fréquent au procédé de démocratie semi-directe que constitue le référendum de caractère décisionnel. Au plan local, ces deux nations ont réussi le basculement entre la pratique des assemblées des habitants, *Landgemeinde* en Suisse et *town meeting* aux États-Unis, vers une pratique régulière du référendum, même si ces assemblées d'habitants peuvent encore trouver des applications⁹³³. En Suisse, la réglementation s'est faite au niveau des cantons aussi bien pour l'adoption des normes constitutionnelles et législatives, que des décisions des autorités communales. Aux États-Unis, si l'ensemble des États pratique le référendum au niveau des collectivités locales, qu'il s'agisse des municipalités ou des comtés, certains États ne l'ont pas institué pour l'exercice du pouvoir législatif à leur niveau, comme le New Hampshire et du

⁹³² A. BLANC, *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal*, *op. cit.*, p. 49 et s. ; Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 85.

⁹³³ Voir *supra* n° 116.

Connecticut⁹³⁴. L'autonomie locale de certaines municipalités les autorise à régir cet instrument dans leur propre charte indépendamment de la législation de l'État⁹³⁵.

142. La Suisse et les États-Unis sont les deux seuls pays du monde à avoir banalisé l'usage du référendum. Dans ces deux États, la pratique du référendum est sans commune mesure avec la situation des autres États occidentaux. La démocratie directe, ou semi-directe, n'est pas reléguée à un plan secondaire, elle se concilie réellement avec le système représentatif. En mêlant l'ensemble des référendums, on estime qu'il y aurait « *entre 10 000 et 19 000* » référendums par an aux États-Unis⁹³⁶. La pratique du référendum suisse a surtout été analysée au niveau fédéral et cantonal. Au plan fédéral, selon les chiffres relevés par F. Hamon, « *de 1848 à 2010 il y a eu en Suisse 568 référendums nationaux, ce qui représentent un peu plus de la moitié de tous ceux qui ont eu lieu en Europe, et un peu plus du tiers de tous ceux qui ont eu lieu dans le monde au cours de la même période* »⁹³⁷, tout en sachant que la grande majorité des référendums se situent au plan cantonal et communal⁹³⁸. À ce dernier niveau, il reste assez difficile d'établir un chiffre exact, puisque le nombre de référendum peut varier fortement selon les communes. À titre d'exemple, C. Premat relève qu'« *entre 1980 et 1990, 130 sujets ont été soumis à référendum à Berne, alors que dans le même temps à la Chaux-de-Fonds (canton de Neuchâtel), seulement 3 sujets ont été soumis* ». Si l'écart est grand, le chiffre reste sans commune mesure avec la situation française⁹³⁹ où il est rare que la pratique soit reconduite régulièrement et même périodiquement.

143. Un tel développement de la pratique s'explique par les caractéristiques propres des systèmes juridiques suisses et américains.

⁹³⁴ J.-P. LASSALE, « Le référendum aux États-Unis », *Pouvoirs*, 1996, p. 157.

⁹³⁵ D. NEDJAR, « Initiative et référendum aux États-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire », *RDP*, 1993, p. 1597.

⁹³⁶ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 88. Voir aussi J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 10 ; F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, *op. cit.*, p. 139.

⁹³⁷ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, *op. cit.*, p. 112-113.

⁹³⁸ Selon H. KRIESI, « *plus de 90% des référendums de la période 1975-89 ont abouti aux niveaux cantonal ou communal* » ; H. KRIESI, *Le système politique suisse*, Economica, 1995, p. 101.

⁹³⁹ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 79.

D'un point de vue juridique, la première caractéristique majeure de ces pays est de conférer un large domaine au référendum obligatoire. En Suisse, comme le décrit C. Premat, « *le référendum obligatoire au niveau communal est prescrit par toutes les législations cantonales, sauf celles de Genève, Vaud, Fribourg, Schwyz et du Tessin* »⁹⁴⁰, généralement en matière budgétaire. Aux États-Unis, ce même domaine peut être complété par le champ de la planification urbaine ou celui de la gestion des districts scolaires⁹⁴¹. Le second point caractérisant ces deux systèmes est la place accordée à l'initiative populaire, dont l'objet peut être de proposer un texte, de le modifier ou de l'abroger⁹⁴². Lorsqu'elle est mise en place, les responsables locaux doivent s'effacer pour laisser au citoyen le soin de trancher la question. Elle ne passe pas par le truchement du choix de l'assemblée délibérante, puisque le référendum s'impose *de jure*. La seule contrainte reste le taux de signatures nécessaire pour formaliser l'initiative. Ce dernier est la plupart du temps assez faible, se situant autour de 5 % aux États-Unis⁹⁴³, voire moins en Suisse, où le taux oscille entre 1% et 5 % de l'électorat.

L'ampleur donnée à l'initiative populaire et au référendum obligatoire est une concrétisation de la philosophie des systèmes politiques helvétique et américain. Si la vision d'un peuple à la source du pouvoir est partagée par ces deux systèmes, le fondement du recours au citoyen diffère tout de même. En Suisse, le développement de la démocratie semi-directe doit beaucoup à la longue tradition médiévale de la *Landsgemeinde*, qui a simplement dû s'adapter à la complexité de l'administration pour des raisons d'efficacité. Le recours au référendum perpétue en quelque sorte cette assemblée des habitants en lui donnant une forme plus moderne. Aux États-Unis, c'est la traditionnelle méfiance vis-à-vis du système représentatif qui fonde le dispositif. Comme le résume bien G. Sorman, « *aux États-Unis, l'idée que les élus puissent être en avance sur la société est inacceptable. On y exige, au contraire, que ce qu'ils portent et ce qu'ils entreprennent corresponde à la photographie instantanée de l'opinion publique. L'élu est presque superfétatoire, il n'est qu'un mal nécessaire. S'il était possible de s'en passer, ce serait encore mieux. Mais puisqu'on ne s'en passe pas, il en faut qui se dévouent* »⁹⁴⁴. Cette méfiance n'a pas abouti à une généralisation du processus référendaire. Lorsque ce dernier n'est pas utilisé comme moyen de limiter le pouvoir des représentants, c'est

⁹⁴⁰ *Idem.*

⁹⁴¹ J.-P. LASSALE, « Le référendum aux États-Unis », *op. cit.*, p. 156.

⁹⁴² Les États-Unis connaissent également la pratique de la révocation populaire.

⁹⁴³ D. NEDJAR, « Initiative et référendum aux États-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire », *op. cit.*, p. 1606 ; J.-P. FRANCOU, « Le référendum local. Heurs et malheurs », *op. cit.*

⁹⁴⁴ G. SORMAN, *La France a-t-elle encore besoin d'élus ? Actes du colloque 14 et 15 octobre, 2004 au Palais du Luxembourg*, Paris, Institut François Mitterrand, 2005, p. 58.

la philosophie chère à Montesquieu du *check and balances* qui prend le relai, spécialement au plan fédéral. La réalité des faits tend cependant à relativiser cette vision idéalisée. Au niveau des États américains, il a été démontré que l'initiative populaire est soumise à la mainmise des lobbies de professionnels⁹⁴⁵. Au plan purement local, l'initiative reste comme en Suisse généralement un moyen pour l'opposition politique de se faire entendre. Ces éléments ne remettent toutefois pas en cause la procédure. Le dernier mot reste confié aux électeurs, qui d'ailleurs rejettent assez souvent les diverses initiatives populaires.

Cette sociologie permet de comprendre les raisons du blocage en France. La philosophie représentative de nos institutions, faites par les représentants et pour les représentants, ne permet pas de tendre vers un « gouvernement du peuple, par le peuple ». En dehors de la volonté des représentants, il n'y a pas de référendum. Cette philosophie représentative en France est partagée avec les autres États occidentaux, ce qui donne plus de poids à la comparaison.

2) *L'intégration moins aboutie du référendum dans les autres États occidentaux*

144. Pour en revenir à une comparaison permettant d'apprécier la situation française, il faut se référer à celle des autres États occidentaux⁹⁴⁶, qui ont juridiquement encadré les processus référendaires de façon plus tardive et de façon plus modeste à l'instar de la situation française. D'un point de vue historique, même si des pratiques *extra legem* pouvaient exister, l'appropriation juridique du référendum local s'est globalement faite à la même période qu'en France, autour des années 1980-1990. Il en va ainsi notamment de la Suède en 1977, de l'Autriche à partir de 1984, du Luxembourg en 1988, de l'Italie, du Portugal⁹⁴⁷ et de la Finlande en 1990, de la Pologne et de la Roumanie en 1991, des Pays-Bas en 1994, et de la Belgique en 1995. Seule l'Allemagne a connu un phénomène plus ancien de légalisation du référendum, mais dans le seul *Land* du Bade-Wurtemberg dès 1956 ; dans les autres *Länder*, les législations sont toutes intervenues entre 1990 et 1997⁹⁴⁸, à l'exception de Berlin en 2005, d'abord dans les *Länder* de l'est RDA, avant de gagner ceux de l'Ouest, même si la pratique était déjà très

⁹⁴⁵ Voir notamment J.-P. LASSALE, « Le référendum aux États-Unis », *op. cit.*, p. 162.

⁹⁴⁶ L'étude se limitera aux États européens.

⁹⁴⁷ Loi de 1990 intervenue à la suite d'une révision constitutionnelle en 1982 reconnaissant cet instrument participatif.

⁹⁴⁸ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 139.

implantée en Bavière. Quelques États font toutefois particulièrement exception à ce mouvement de reconnaissance législative du référendum. D'une part, le Danemark, le Royaume-Uni, Chypre, la Grèce, la Lettonie et la Lituanie n'ont pas adopté de législation spécifique, mais ceci n'en interdit pas forcément la pratique. D'autre part, certes composée de communautés autonomes, l'Espagne se démarque par son caractère très centralisateur lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des procédés de démocratie semi-directe. Certes, une loi en 1985 autorise les municipalités à consulter la population, à l'exception des questions de finances locales, mais la consultation populaire reste soumise à une autorisation du gouvernement national en vertu des dispositions de l'article 149 de la Constitution, qui dispose que « *l'autorisation de consultations populaire par voie de référendum* » constitue une compétence exclusive de l'État. Ce cadre juridique vise surtout à empêcher les communautés autonomes d'y recourir, notamment pour revendiquer un droit à l'autodétermination, ce qui n'a pas pu empêcher la consultation de la population catalane sur cette question⁹⁴⁹. Ce survol des systèmes juridiques des différents États occidentaux démontre que la France n'a pas pris du retard sur le plan de la promotion de la démocratie semi-directe locale. Elle constitue même un des rares pays où le référendum décisionnel existe, situation qu'elle partage avec l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie, dans les collectivités qui l'ont adopté⁹⁵⁰. Le Portugal a instauré un référendum dont les résultats lient l'autorité ; au Pays-Bas, une consultation dont les résultats sont négatifs oblige les autorités à revoir leur position. Dans les autres États, seules des consultations populaires sont instituées.

145. S'agissant de la pratique des instruments référendaires locaux par les différents États européens, il reste difficile d'en donner un chiffre précis. De façon générale, il faut s'accorder sur le constat selon lequel il n'est pas possible d'affirmer qu'elle soit substantiellement plus intensive qu'en France. Seules l'Italie et l'Allemagne ont réellement développé une pratique assez régulière, où le citoyen peut être appelé à participer plusieurs fois dans le cadre d'une même collectivité. Dans sa thèse, Ch. Premat dénombre environ 1 800 référendums locaux en Allemagne entre 1975 et 2005, soit presque trois fois plus qu'en France⁹⁵¹. En tenant compte

⁹⁴⁹ En 2014 puis en 2017, la Communauté autonome de Catalogne a décidé d'organiser un référendum d'indépendance. Alors que la première consultation populaire n'avait pu se concrétiser que dans le cadre associatif après annulation de la décision par le Tribunal constitutionnel espagnol (décision du 29 septembre 2014, décisions des 25 février et 2 décembre 2015), le second a été mis en place par les autorités catalanes malgré l'opposition du pouvoir central et du Tribunal constitutionnel (décisions du 5 juillet 2017 et du 17 octobre 2017). Ces deux consultations ont vu le OUI l'emporter.

⁹⁵⁰ La loi italienne fixe un cadre général qui permet aux collectivités locales s'adopter des régimes plus aboutis.

⁹⁵¹ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, op. cit., p. 209 et s.

du fait que l'Allemagne a réduit son nombre de communes à un peu plus de 12 000, contre 35 357 en France, l'écart triple encore.

Les raisons de cette participation plus intensive sont ici encore à trouver du côté de la place accordée à l'initiative citoyenne. Dans plusieurs États, en effet, le « *temps représentatif* »⁹⁵² est y perturbé, pour permettre aux citoyens d'être à l'origine d'une proposition référendaire obligeant les autorités locales à organiser un référendum. On retrouve cette « véritable » initiative populaire en Italie, dans les collectivités qui l'ont décidé⁹⁵³, en Autriche, en Belgique, hormis la région wallonne⁹⁵⁴, au Pays-Bas, en Suède, au Luxembourg, en République Tchèque, mais surtout en Allemagne, où elle est la source principale d'organisation du référendum. Dans cet État, la fonction essentielle du référendum est de permettre à la population de s'opposer à un projet des autorités locales. L'initiative populaire est réactive, elle ne vise pas à proposer une décision. Le nombre de signatures exigé est relativement faible, généralement situé entre 5 et 10 % des inscrits⁹⁵⁵, mais il doit être réuni sur une période rapprochée de la prise de décision, entre un et deux mois généralement, sauf en Bavière où aucun délai n'est fixé⁹⁵⁶. Bien que la demande n'ait pas d'effet suspensif, les autorités s'abstiennent généralement d'exécuter la décision attaquée. La décision est abrogée par les citoyens lorsqu'une majorité d'électeurs s'oppose à la condition de réunir un taux d'approbation, généralement situé en 20 et 30 % des inscrits⁹⁵⁷. Comme l'évoque Ch. Premat, « *le taux d'approbation permet de mesurer la représentativité de l'option majoritaire* »⁹⁵⁸, mais il explique surtout le fort taux d'échec⁹⁵⁹. La place de l'initiative populaire y est telle que dans la majorité des *Länder*, un référendum ne peut pas être organisé à la demande des élus. Seuls sept *Länder* ont prévu cette hypothèse⁹⁶⁰. Hormis ces hypothèses de référendums organisés à la demande des citoyens, il n'existe pas de situation où le référendum peut être imposé aux

⁹⁵² *Ibid.*, p. 216.

⁹⁵³ *Idem.*

⁹⁵⁴ En Belgique, depuis 1999, la loi prévoit une initiative populaire contraignante. Toutefois, depuis le processus de régionalisation ouvert depuis 2001, la Wallonie a adopté un code de la de la démocratie locale et de la décentralisation en 2004 qui prévoit que l'initiative populaire n'est pas contraignante. Dans les régions de Bruxelles et de Flandre, la loi de 1999 reste applicable.

⁹⁵⁵ Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne: le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, *op. cit.*, p. 215-216.

⁹⁵⁶ *Idem.*

⁹⁵⁷ *Idem.* Il peut descendre à 10 % en Bavière.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 214.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 222 et s.

⁹⁶⁰ D. HOEFFEL, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 315, Sénat, 23 mai 2003, *op. cit.*, p. 8.

autorités en raison de la loi, hormis le cas de référendums institutionnels portant sur la délimitation des collectivités locales.

On le voit donc, la pratique des instruments référendaires peut s'intensifier là où est institutionnalisée l'initiative citoyenne, ce qui démontre qu'une marge de progrès reste franchir en droit français, qui n'a pas véritablement organisé ce dispositif malgré des apparences trompeuses. Ce développement timoré des processus référendaire locaux contraste avec le caractère affirmé du développement des procédures de participation du public.

Section 2 – Le développement affirmé des procédures de participation du public

146. Les procédures de participation du public permettent à ce dernier de présenter ses observations préalablement à l'adoption d'un projet. Si, à l'instar des processus référendaires, elles se caractérisent par leur ouverture en ne se limitant pas à quelques représentants d'intérêts, d'usagers ou d'habitants nominativement désignés, elles les dépassent surtout à trois niveaux. Premièrement, le champ d'application *ratione personae* de ces procédures de participation du public est généralement plus large que l'électeur, lorsqu'il s'étend à toute personne physique ou morale. Toutefois, la participation du public peut aussi dans certaine hypothèse s'adresser plus directement à des habitants d'une collectivité territoriale ou à des usagers d'un service public. Deuxièmement, le domaine des procédures de participation du public ne se limite pas aux décisions ayant une incidence locale. Si la participation du public a été initialement instituée pour l'élaboration de ces dernières, elle régit désormais également l'élaboration de décisions de portée nationale. Troisièmement, et surtout, l'usage des procédures de participation du public s'avère beaucoup plus intensif que celui des processus référendaires. Il en va nécessairement ainsi dans le domaine de l'environnement, puisque la participation du public a été systématisée dans la cadre d'un principe juridique (§ 1). Cette situation se présente également en dehors de ce domaine quand bien même l'émergence de l'exigence de participation du public ne lui accorde qu'une portée essentiellement facultative (§ 2).

§ 1 – La systématisation de la participation du public à l’élaboration des décisions ayant une incidence sur l’environnement

147. L’originalité de la matière environnementale est d’être le seul secteur de l’action administrative pour lequel la participation citoyenne fait l’objet d’une véritable systématisation juridique, de sorte que toute décision ayant une incidence directe et significative sur l’environnement doit être soumise à une procédure préalable de participation du public, lui permettant de présenter des observations, remarques ou contre-propositions. Le principe de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l’environnement a été progressivement formalisé dans diverses normes supra-législatives, d’abord au plan international puis au plan constitutionnel (A). Ce mouvement de formalisation a contribué à approfondir la substance même de ce principe (B) et à les instruments juridiques de sa mise en œuvre.

A – La formalisation progressive d’un principe de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l’environnement

148. Le développement du principe de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l’environnement s’est fait progressivement. Il a d’abord été consacré formellement au sein d’une pluralité de sources internationales (1), avant de se diffuser en droit de l’Union européenne (2) et en droit interne (3).

1) L’identification d’un principe de participation du public en droit international

149. La reconnaissance d’un principe de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l’environnement s’est inscrite dans un mouvement plus large de formalisation des principes directeurs du droit de l’environnement⁹⁶¹ au plan international. Alors que ces derniers

⁹⁶¹ L’ensemble ces principes est aujourd’hui codifié aux articles L. 110-1 à L. 110-3 du code de l’environnement.

ont pour texte fondateur la Déclaration de Stockholm adoptée le 16 juin 1972 à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, étonnamment l'exigence de participation n'en faisait pas partie à cette date. On ne peut pas estimer, comme le fait P. Le Louarn, que « *tout a commencé par le droit à l'information inscrit aux principes 19 et 20 de la déclaration de Stockholm* »⁹⁶², même s'il reconnaît que la formulation du principe de participation a été plus tardive. La première consécration du principe de participation du public aux décisions affectant l'environnement intervient dans le cadre de la Stratégie mondiale de la conservation, préparée en 1980 par l'Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources, dont la section 13 promeut « *la participation du grand public* » en tant qu'instrument de protection de l'environnement. Ce principe sera repris dans le cadre de la Charte mondiale de la nature, adoptée par la résolution n° 37/7 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, le 28 octobre 1982, dont le principe 23 prévoit que : « *Toute personne aura la possibilité, en conformité avec la législation de son pays, de participer, individuellement ou avec d'autres personnes, à l'élaboration des décisions qui concernent directement son environnement (...)* ». On retrouve également cette exigence au principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée le 14 juin 1992 lors du Sommet de la Terre dans le cadre d'une conférence des Nations Unies, et selon lequel : « *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 (...)* ». Ces premières consécrations témoignent de la volonté de placer le citoyen au cœur du processus décisionnel, puisque celui-ci peut être affecté par des projets ou des décisions altérant de façon définitive ou prolongée son environnement, intégrant « *les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité* »⁹⁶³. Cependant, en se limitant à de simples reconnaissances formelles, à de simples déclarations de principe « *consacrant de nouvelles valeurs sociales devant être reconnues et protégées par la communauté internationale* »⁹⁶⁴, et en l'absence de précisions sur le contenu

⁹⁶² P. LE LOUARN, « Le principe de participation », *Droit de l'environnement*, 2001, p. 128 et s.

⁹⁶³ Article L. 110-1 du code de l'environnement.

⁹⁶⁴ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e édition, 2016, p. 20.

de l'exigence de participation du public qui en découle, le juge administratif ne reconnaît pas de valeur juridique à ces stipulations dénuées d'effet direct en droit interne⁹⁶⁵. Comme l'indique L. Fermaud, « à l'origine, le principe apparaît davantage comme une déclaration d'intention, une modalité moderne et quelque peu ambitieuse de gouvernance, que comme un réel principe juridique source de droits pour le public et d'obligations pour les États »⁹⁶⁶.

150. Il en va tout autrement de la consécration du principe de participation du public apparue dans le cadre de 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, signée le 25 juin 1998 à Aarhus (Danemark), et négociée au sein de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies. Cette convention, entrée en vigueur le 30 octobre 2001 et ratifiée par la France le 28 février 2002⁹⁶⁷ et par l'Union européenne le 17 février 2005⁹⁶⁸, s'inscrit dans la lignée des textes internationaux qui l'ont précédée dans la formalisation des exigences du développement durable, à commencer par la Déclaration de Stockholm, la Charte mondiale de la nature et la Déclaration de Rio, qu'elle a vocation à mettre en œuvre et à préciser. Elle comprend, comme son intitulé l'évoque, trois volets. Il s'agit de l'accès du public, personnes physiques ou personnes morales, à l'information sur l'environnement détenue par les autorités

⁹⁶⁵ CE, 6 juin 2007, n° 292942 : le Conseil d'État affirme que « la déclaration de Stockholm adoptée par la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement de 1972, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, la Charte mondiale de l'environnement (...) ne produisent pas d'effets en droit interne ». Sur la notion d'effet direct, voir CE, ass., 11 avril 2012, GISTI, *Rec.*, p. 142 ; *D.*, 2012, p. 1712, note B. BONNET ; *JCP G.*, 2012, p. 1331, note P. CASSIA et S. ROBIN-OLIVIER ; *AJDA*, 2012, p. 936, chron., *RFDA*, 2012, p. 547, concl. G. DUMORTIER, note M. GAUTIER ; *DA*, 2012, n° 76, note T. FLEURY ; *RDSS*, 2012, 5, p. 940, note S. BIAGINI-GIRARD, p. 561 : « Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

⁹⁶⁶ L. FERMAUD, « Le renouveau du principe de participation en matière environnementale à l'aune de la réforme législative du 27 décembre 2012 », *RFDA*, 2013, p. 603.

⁹⁶⁷ 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, du 25 juin 1998 ; approuvée par la loi n° 2002-285 du 28 février 2002, *JO*, 1er mars, p. 3904 ; publiée par le décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002, *JO*, 21 septembre 2002, p. 15563.

⁹⁶⁸ Décision n° 2005/370/CE du Conseil du 17 février 2005 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, 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, *JOUE*, n°L 124, 17 mai 2005, p. 1-2.

publiques, de la participation du public aux décisions affectant l'environnement et l'accès à la justice lié aux droits prescrits par la convention. S'agissant de la participation du public, l'apport de cette convention réside dans la définition précise de ses éléments constitutifs. En vertu de ces stipulations, l'exigence de participation du public s'impose aux décisions relatives à des activités particulières (article 6), aux plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement (article 7) et aux dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale (article 8), pour lesquels les États parties doivent prévoir des modalités de participation précoce, une information préalable, un délai raisonnable pour que le public puisse prendre part au processus d'élaboration de la décision ainsi que des modalités de prise en compte des observations émises par le public et de motivation de la décision définitive. La définition de ces modalités permet une approche plus substantielle de la notion et lui confère une valeur en droit interne, même si toutes ses stipulations ne sont pas d'effets directs⁹⁶⁹.

151. Enfin, sous l'impulsion de la France, une nouvelle consécration du principe pourrait être reconnue au sein du « Pacte mondial pour l'environnement », proposé à l'ONU par la délégation française lors d'un sommet de lancement qui s'est tenu le 19 septembre 2017 à New York. Et dont l'article 10, relatif à la participation du public, stipulerait que « *toute personne a le droit de participer, à un stade approprié et tant que les options sont encore ouvertes, à*

⁹⁶⁹ Le juge apprécie l'effet direct des dispositions de la convention d'Aarhus, non par article mais pas paragraphe. Le juge a reconnu l'effet direct de l'article 6 § 1 et 2 (CE, 28 juillet 2004, n° 254944, Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire et a., ; *Envir.*, 2004, n° 12, comm. n° 121, obs. V. PICARD), § 3 (CE, 28 décembre 2005, n° 277128, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence, *Rec.*, p. 588 ; *Dr. Env.*, n° 139, 2006, p. 159, note J.-V. BOREL ; *AJDA*, 2006, p. 1664, note B. DELAUNAY ; *Envir.*, n° 3, 2006, comm. J.-M. FÉVRIER), § 7 (CE 6 juin 2007, n° 292942, Commune de Groslay, *Rec.*, p. 237 ; *AJDA*, 2007, p. 1527, conclusions Y. AGUILA) et § 9 (CE, ass., 12 avril 2013, n° 342409, 342569, 342689, 342740, 342748 et 342821, Association coordination interrégionale stop THT et a., *Rec.*, p. 61 ; *RTDE*, n° 4, 2013, p. 880, chron. A. BOUVERESSE ; *RJE*, n° 4, 2013, p. 675, F. CADET ; *RFDA*, 2013, p. 1061, étude M. CANEDO-PARIS ; *JCP A*, n° 39, 2013, p. 14, comm. N. CHARMEIL ; *Ibid.*, n° 43, p. 1969, chron. G. ÉVEILLARD ; *Dr. env.*, n° 216, 2013, 216, p. 344, note D. DEHARBE et L. DELDIQUE ; *AJDI*, 2013, p. 531, note S. GILBERT ; *Gaz. Pal.*, n° 254-255, 2013, p. 14-15, chron. M. GUÉRIN ; *JCP G*, n° 40, 2013, p. 1810, chron. M. HUYGHE ; *BJCL*, 2013, p. 408, concl. A. LALLET, obs. É. CARPENTIER ; *Dr. adm.*, 2013, n° 7, p. 68, comm. F. LE BOT ; *RLCT*, n° 94, 2013, p. 30, note J.-L. PISSALOUX ; *Env.*, n° 5, 2014, p. 16, chron. L. FONBAUSTIER ; *JCP G*, n° 37, 2014, p. 1598, chron. B. MATHIEU, M. VERPEAUX et A. MACAYA).
Inversement, le juge n'a pas reconnu l'effet directe de l'article 6 § 4 (CE, 28 décembre 2005, n° 277128, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence, *op. cit.* ; CE, 28 déc. 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ; *Rec.*, p. 588 ; *AJDA* 2006, p. 1664, note B. Delaunay ; conclusions contraires AGUILA) et § 8 (CAA Douai, n° 15DA01903, 15 février 2018, M. A. et a.), de l'article 7 (CE, 25 septembre 2013, n° 352660, Société française pour le droit de l'environnement) et de l'article 8 (CE, 28 déc. 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *op. cit.*).

l'élaboration des décisions, mesures, plans, programmes, activités, politiques et instruments normatifs des autorités publiques susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'environnement »⁹⁷⁰. De manière générale, ce pacte constituerait la première véritable codification des principes du droit de l'environnement à l'échelle mondiale.

2) *L'identification d'un principe de participation du public en droit de l'Union européenne*

152. Ce mouvement de reconnaissance au niveau international de la participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement s'est accompagné d'une appropriation de l'exigence par le droit de l'Union européenne. Inscrite dans trois directives, la participation du public ne fait pas l'objet d'une consécration autonome. Elle est vue comme une simple composante du processus d'évaluation des incidences sur l'environnement, auquel sont soumis certains projets, plans et programmes⁹⁷¹. L'établissement de procédures permettant au public de présenter ses observations est successivement apparu à l'article 6 de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement⁹⁷² (recodifiée par la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011⁹⁷³), à l'article 15 de la directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (recodifiée en 2008 et refondue par la directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles⁹⁷⁴) et à l'article 6 de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes

⁹⁷⁰ Sur ce point, voir notamment Y. KERBRAT, « Le projet de pacte mondial pour l'environnement – histoire, contenu et perspectives », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, Août 2017, comm. 48.

⁹⁷¹ A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, avril 2014, p. 263.

⁹⁷² Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L 175, 5 juillet, p. 40-48, modifiée par la directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L 073, 14 mars 1997, p. 5-15.

⁹⁷³ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L 26, 28 janvier 2012, p. 1.

⁹⁷⁴ Directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, *JOUE*, n° L 257, 10 octobre 1996, p. 26-40. Elle a été recodifiée dans le cadre de la directive n° 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008, *JOUE*, n° L 24, 29 janvier 2008 (article 22) ; elle est désormais refondue dans le cadre de la directive n° 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles, *JOUE*, n° L 334, 17 décembre 2010 (article 81 et annexe IV).

sur l'environnement⁹⁷⁵. La mise en place de ces obligations procédurales, s'imposant aux États membres, ne s'est pas forcément accompagnée d'une reconnaissance parallèle de l'expression de « *participation du public* », notion formalisée parfois plus tardivement. En effet, si l'expression intègre dès l'origine le corps de la directive « émissions industrielles » du 24 septembre 1996, il a fallu la directive 2003/35/CE du 26 mai 2003⁹⁷⁶, portant spécifiquement sur la participation du public et mettant en œuvre les dispositions de la convention d'Aarhus, pour qu'elle soit employée au sein des directives « projets » et « plans et programmes ». Il n'existe donc pas en droit de l'Union européen de texte unique « *établissant, à l'instar de la convention d'Aarhus, un tronc commun des règles applicables* »⁹⁷⁷. Pour autant, il ne faut pas en conclure à une carence vis-à-vis de ce texte de droit international, puisque les directives reprennent l'intégralité des exigences qui y sont incluses et peuvent parfois les préciser ponctuellement. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne veille au respect de la convention d'Aarhus⁹⁷⁸ et elle a pu préciser que les dispositions des directives fixant des règles sur la participation du public « *doivent être interprétées à la lumière et compte tenu des dispositions de la convention d'Aarhus sur laquelle, ainsi qu'il résulte du considérant 5 de la directive 2003/35 (...) la législation de l'Union devrait être "correctement alignée"* »⁹⁷⁹.

3) *L'identification d'un principe de participation du public en droit interne*

153. Ces consécutions intervenues aux plans international et européen ont enfin débouché sur une formalisation de l'exigence en droit interne. L'appropriation par le droit français s'est essentiellement réalisée à partir du milieu des années 1990, même si des prémices étaient déjà apparues auparavant. L'exigence de participation du public était déjà implicitement présente dès l'origine de la création du ministère de l'environnement en 1971. Le décret constitutif du 2

⁹⁷⁵ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE*, n° 197, 21 juillet 2001, p. 30.

⁹⁷⁶ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil - Déclaration de la Commission, *JOUE*, n° L 156, 25 juin 2003, p. 17-25.

⁹⁷⁷ B. JADOT « Intervention sur le droit de l'Union européenne », in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale, Droits et débats*, La Documentation française, 2012, p. 73.

⁹⁷⁸ CJUE, 15 octobre 2009, aff. C-263/08 Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd.

⁹⁷⁹ CJUE, grande chambre, 15 janvier 2013, aff. C-416/10, Križan e.a, point 77, *AJDA*, 2013, p. 145 ; *ibid.*, p. 335, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABERE ; voir aussi CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen, point 41.

février 1971 prévoyait en effet dans l'article 3 que « *le ministre informe l'opinion afin d'associer la population* » à son action de protection de l'environnement⁹⁸⁰. Cette formulation, qui laisse à penser à tort que l'information vaut participation, s'est malheureusement retrouvée lors de la véritable reconnaissance législative du principe de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement, qui est à mettre à l'actif de l'article 1^{er} de la loi « Barnier » du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement⁹⁸¹. Les principes directeurs généraux du droit de l'environnement, parmi lesquels figure la participation du public⁹⁸², sont alors formalisés à l'article L. 200-1 du code rural, avant de l'être à l'article L.110-1 du code de l'environnement⁹⁸³. Cependant, la définition adoptée par le législateur souffrait d'une anomalie terminologique. La participation était explicitement définie comme le principe « *selon lequel chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses* ». Cette formulation, largement critiquée⁹⁸⁴ et critiquable en ce qu'elle cantonne la participation à la seule exigence d'information, laissait heureusement place, au sein du titre 1^{er} de la loi, à toute une série de « *dispositions relatives à la participation du public et des associations en matière d'environnement* », permettant de la concrétiser juridiquement⁹⁸⁵. Une première reformulation est intervenue dans le cadre de la loi « démocratie de proximité » du 27 février 2002⁹⁸⁶. Le principe de participation est alors celui « *selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* ». Or, bien qu'ayant des liens communs, on ne peut pas non plus réduire l'information au principe de participation. Il a fallu attendre l'intervention de la loi du 27 décembre 2012⁹⁸⁷, pour que prenne fin cette liaison regrettable entre information et participation au sein du code de l'environnement. Désormais, l'article

⁹⁸⁰ Décret n° 71-94 du 2 février 1971 relatif aux attributions du ministre délégué auprès du premier ministre, charge de la protection de la nature et de l'environnement, *JO*, 3 février 1971, p. 1182.

⁹⁸¹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 3 février 1995, p. 1840.

⁹⁸² Le principe de participation n'était pas présent lors du dépôt du projet de loi. Il a été introduit par le Sénat en première lecture.

⁹⁸³ Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'environnement, *JO*, 21 septembre 2000, p. 14792.

⁹⁸⁴ Voir notamment J. MORAND-DEVILLER, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, p. 439 et s. ; Y. JÉGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 1996, p. 209 et s.

⁹⁸⁵ Ce titre 1^{er} traitait notamment de la procédure de débat public.

⁹⁸⁶ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808 (article 132).

⁹⁸⁷ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012, p. 20578 (article 1^{er}).

L. 110-1 reconnaît deux principes distincts : « (...) 4° *Le principe selon lequel toute personne a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques* ; 5° *Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente* ».

154. Cette ultime reformulation permet de condenser tant les apports de la convention d'Aarhus, en évoquant « *des observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente* », que ceux de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, intégrée au sein du préambule de la Constitution de la V^e République suite à la révision du 1^{er} mars 2005⁹⁸⁸, lui permettant d'acquérir une valeur constitutionnelle et une pleine application en droit interne. L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose 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* »⁹⁸⁹. Le constituant avait ici déjà pris soin de ne pas confondre les notions d'information et de participation. Sans qu'il faille en tirer une conséquence juridique, on peut remarquer que le constituant n'a pas opté pour la qualification d'un « principe », contrairement au législateur. Ce choix terminologique n'affecte en rien le contenu et la portée de l'exigence de participation du public. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 juin 2008, « Loi relative aux OGM »⁹⁹⁰ puis le Conseil d'État dans l'arrêt du 3 octobre 2008, « Commune d'Annecy »⁹⁹¹ ont rapidement reconnu que

⁹⁸⁸ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JO*, 2 mars 2005, p. 3697.

⁹⁸⁹ Cette rédaction est fort éloignée de celle établie par la commission Coppens, qui proposait : « *La loi détermine les formes de démocratie participative qui permettent au public d'être associé à l'élaboration des politiques et décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » (art. 11 du projet de loi constitutionnelle proposé par la commission). La référence à la démocratie participative, jugée trop audacieuse, a été supprimée.

⁹⁹⁰ J.-M. FEVRIER, « Les principes constitutionnels d'information et de participation », *Environnement*, n° 4, avril 2005, comm. 35.

⁹⁹¹ Décision n° 2008-564 DC du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *Rec. Cons. const.*, 313 ; *AJDA*, 2008, p. 1614, note O. DORD ; *D.*, 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY, et 2448, obs. F. G. TREBULLE ; *RFDA*, 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; *Constitutions*, 2010. 56, obs. A. LEVADE, 139, obs. Y. AGUILA, et 307, obs. Y. AGUILA.

⁹⁹¹ CE, ass., 3 oct. 2008, n° 297931, Commune d'Annecy, *Rec.* 322 ; *AJDA*, 2008, p. 2166, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *D.*, 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY, et 2448, obs. F. G. TREBULLE ; *RDI* 2008. 563, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *RFDA*, 2008. 1147, concl. Y. AGUILA, 1158, note L. JANICOT, et 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; *Constitutions*, 2010. 139, obs. Y. AGUILA, et 307, obs. Y. AGUILA.

l'article 7, relatif à l'information et à la participation, comme « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle* ». Cette constitutionnalisation a eu un impact significatif à plusieurs niveaux. Il faut d'abord remarquer que l'essentiel des décisions du Conseil constitutionnel intéressant la Charte de l'environnement visent l'article 7. Comme le rappelle L. Fonbaustier, « *environ un quart des décisions mobilisant la Charte de l'environnement implique son article 7, phénomène stimulé par l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le 1er mars 2010. Et dans ce cadre, les décisions importantes intéressent davantage la participation que l'information du public au sens strict. Sur les 17 décisions QPC du Conseil constitutionnel dans lesquelles apparaît l'expression « Charte de l'environnement » en effet (rendues entre le 8 avril 2011 et le 9 sept. 2014), quatre seulement ne font pas référence à l'article 7 et à la violation de l'exigence de participation* »⁹⁹². Plus concrètement, la constitutionnalisation de la participation du public a d'abord eu des conséquences sur la répartition des compétences entre le législateur, chargé de préciser « *les conditions et les limites* » du principe, et le pouvoir réglementaire, simplement chargé de la seule application des dispositions législatives, ce qui a conduit à plusieurs censures de la carence du législateur et du dépassement de la compétence du pouvoir réglementaire⁹⁹³. L'article 7 s'impose en effet aux

⁹⁹² L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA*, 2015, p. 517 ; voir aussi C. HUGLO, « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », *Nouveaux Cah. Cons. const.*, 2014, n° 43, p. 57.

⁹⁹³ Le juge constitutionnel censure logiquement pour incompétence négative les dispositions législatives contraires, soit qu'elles ne prévoient rien (Décision n° 2012-283 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *JO*, 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91 ; *Recueil*, p. 605 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE), soit qu'elles transfèrent au pouvoir réglementaire le soin de régler ce qui appartient en propre au législateur (Décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JO*, 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 508 ; ; *AJDA*, 2011, p. 1981 ; *AJDA*, 2012, p. 260, étude B. DELAUNAY ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *Constitutions*, 2012, p. 150, obs. A. FARO ; *RSC*, 2011, p. 844, 1 obs. J.-H. ROBERT ; Décision n° 2012-262 QPC du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement, *JO*, 14 juillet 2012, p. 1163 ; *Rec.*, p. 326 ; *AJDA*, 2012, p. 1430 ; *D.*, 2012, p. 1828, et 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT* 2012. 492, obs. M. MOLINER-DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER ; Décision n° 2012-269 QPC du Conseil constitutionnel, 27 juillet 2012, Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres, *JO*, 28 juillet 2012, p. 12356, texte n° 71 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 445 ; *AJDA*, 2012, p. 1554 ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT*, 2012, p. 492, obs. M. MOLINER-DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER ; Décision n° 2008-564 DC du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *Rec. Cons. const.*, 313 ; *AJDA*, 2008, p. 1614, note O. DORD ; *D.*, 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY, et 2448, obs. F. G. TREBULLE ; *RFDA*, 2008. 1233, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; *Constitutions*, 2010. 56, obs. A. LEVADE, 139, obs. Y. AGUILA, et 307, obs. Y. AGUILA. Parallèlement, le juge administratif annule pour incompétence les règlements qui empiètent sur le domaine de la loi. CE, ass., 3 oct. 2008, n° 297931, Commune d'Annecy, *op. cit.* ; CE, 24 juill. 2009, n° 305314 et 305315, *Rec.* ; *AJDA*, 2009, p. 1516, obs. S. BRONDEL ; *ibid.* 1818, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; *D.*, 2010. 2468, obs. F. G. TREBULLE ; *RFDA*, 2009. 963, concl. E. GEFFRAY ; *ibid.* 1269, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER ; *Constitutions*, 2010. 117, obs. O. LE BOT ; *RTD eur.*, 2010, p. 453, chron. D. RITLÉNG, A. BOUVERESSE et J.-P. KOVAR ; CE, 9 déc. 2011, n° 324294, Réseau sortier du nucléaire, *Rec.* ; *AJDA*, 2011, p. 2445 ; *RFDA*, 2012.

pouvoirs publics et aux autorités administratives, dans leurs domaines de compétence respectifs. Cette constitutionnalisation a également eu des conséquences importantes quant au champ d'application et plus accessoirement au régime de la participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement, devant s'imposer au législateur, chargé d'en préciser les conditions et les limites. Dès lors, en droit interne, il revient au Conseil constitutionnel et au juge administratif de vérifier que le législateur et l'administration respectent la substance même du principe de participation du public telle qu'elle est définie par la Convention d'Aarhus, les directives de l'Union européenne et l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004.

B – L'approfondissement de la substance du principe

155. Si dans un premier temps, les sources de la participation du public à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement ont pu rester purement formelles, depuis la fin des années 1990, un mouvement de théorisation juridique de la notion est apparu. La Convention d'Aarhus, les directives de l'Union européenne et la Charte de l'environnement de 2004, ont en effet permis de substantialiser de façon plus ou moins précise les champs d'application *ratione personae* (1), *materiae* (2) et *temporis* (3) de l'exigence, ce qui a conduit à une profonde mutation⁹⁹⁴ des instruments juridiques de cette forme de participation à la procédure d'élaboration d'une décision administrative ayant des incidences sur l'environnement⁹⁹⁵.

377, chron. L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2012, p. 934, obs. A. BOUVERESSE.

⁹⁹⁴ B. DELAUNAY, « Les principes en droit de l'urbanisme. Le principe de participation du public », *Construction-Urbanisme*, 2015, n° 11, étude 14 : « Afin de les mettre en conformité avec le droit international et européen, ainsi qu'avec la Charte de l'environnement, un vaste mouvement de réformes a été entrepris pour réformer les procédures régies par le code de l'environnement, les améliorer ou en créer de nouvelles afin de pallier leurs insuffisances ».

⁹⁹⁵ La participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement n'implique pas l'organisation d'une participation à la compétence.

1) *Le champ d'application ratione personae du principe*

156. Depuis la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement doit nécessairement offrir un cadre de participation ouverte permettant au « public » d'émettre préalablement ses observations, remarques ou contre-propositions. Le législateur ne peut pas se cantonner à la mise en place de processus de participation restreinte au profit des associations de défense de l'environnement que ce soit au sein d'organes collégiaux ou dans le cadre de consultations individualisées⁹⁹⁶, ce que le juge constitutionnel a censuré à plusieurs reprises⁹⁹⁷. Ne trouve donc pas à s'appliquer en droit interne la stipulation de l'article 8 de la Convention d'Aarhus, qui offre au public « *la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs représentatifs* ». De la même façon, le dispositif de consultation des électeurs régi par le code de l'environnement⁹⁹⁸ ne peut juridiquement pas s'inscrire dans le cadre du principe de participation du public, puisqu'il ne s'ouvre pas à tout le public. *A fortiori*, il en va de même lorsque le législateur prévoit la consultation des seules personnes « intéressées » dans le cadre d'une procédure contradictoire⁹⁹⁹.

157. La notion de « public » confère le plus large cadre à la participation citoyenne. Elle offre à « toute personne » le droit de participer, selon l'article 7 de la Charte de l'environnement et l'article L. 110-1 du code de l'environnement, ce qui englobe tout aussi bien des personnes

⁹⁹⁶ Voir *supra*, n° 83 et 84.

⁹⁹⁷ Décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JO*, 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 508 ; ; *AJDA*, 2011, p. 1981 ; *AJDA*, 2012, p. 260, étude B. DELAUNAY ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *Constitutions*, 2012, p. 150, obs. A. FARO ; *RSC*, 2011, p. 844, obs. J.-H. ROBERT : décision implicite ; Décision n° 2012-262 QPC du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement [Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation], *JO*, 14 juillet 2012, p. 1163 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 326 ; *AJDA*, 2012, p. 1430 ; *D.*, 2012, p. 1828, et 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT* 2012. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER ; Décision n° 2012-283 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *JO*, 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 605 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE ; voir aussi sur ce point Décision n° 2014-396 QPC du Conseil constitutionnel du 23 mai 2014, France Hydro Électricité [Classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques], *JO*, 25 mai 2014, p. 8583, texte n° 31 ; *AJDA*, 2014, p. 1066 ; *D.*, 2014, p. 1156.

⁹⁹⁸ Voir *supra*, n° 133.

⁹⁹⁹ Décision n° 2012-283 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *JO*, 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 605 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE : s'agissant de la procédure de classement d'un monument naturel ou d'un site, visée à l'article L. 341-3 du code de l'environnement.

physiques que des personnes morales¹⁰⁰⁰. C'est ici que prend sens la définition du public proposée par l'article L. 100-3 du code des relations entre le public et l'administration visant « a) Toute personne physique ; b) Toute personne morale de droit privé, à l'exception de celles qui sont chargées d'une mission de service public lorsqu'est en cause l'exercice de cette mission ». Aux termes de l'article 2 de la convention d'Aarhus « le terme « public » désigne une ou plusieurs personnes physiques ou morales et, conformément à la législation ou à la coutume du pays, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes ». Or, tout en définissant largement cette notion de « public », la convention d'Aarhus opère la distinction entre le « public » à l'article 8, le « public susceptible de participer » à l'article 7 et le « public concerné » à l'article 6. Alors que la notion de « public susceptible de participer » ne fait l'objet d'aucune définition au sein de la convention, le « public concerné désigne le public qui est touché ou qui risque d'être touché par les décisions prises en matière d'environnement ou qui a un intérêt à faire valoir à l'égard du processus décisionnel ; aux fins de la présente définition, les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement et qui remplissent les conditions pouvant être requises en droit interne sont réputées avoir un intérêt ». La distinction proposée repose sur une logique pratique. On comprend aisément que tous les citoyens français n'ont pas vocation à se prononcer sur un projet ou un plan qui peut être localisé dans une seule collectivité. Inversement, il est de bon sens que tout le public ait à se prononcer au niveau national pour une décision d'application générale. Cependant, d'un point de vue juridique, lorsqu'il faut établir des critères, cette banalité devient plus complexe à codifier. Par nature, la notion de « public » a vocation à inclure et non pas à exclure des participants potentiels. La difficulté est d'autant plus importante que, dans son article 3, la convention d'Aarhus reconnaît le droit de participer « sans discrimination fondée sur la citoyenneté, la nationalité ou le domicile et, dans le cas d'une personne morale, sans discrimination concernant le lieu où elle a son siège officiel ou un véritable centre d'activités ». Le critère ne serait donc pas nécessairement géographique. Fort heureusement, cette distinction préconisée par la convention d'Aarhus reste purement formelle. En droit interne, c'est toujours l'ensemble du public qui est appelé à participer. Il n'est juridiquement pas possible de limiter le droit de participer à un public « concerné » ou « susceptible de participer ». Le juge administratif a ainsi pu affirmer, au regard de la procédure d'enquête publique, que la circonstance qu'une partie des pétitionnaires ne résidait pas dans le département n'était pas de nature à dispenser le

¹⁰⁰⁰ Il faut remarquer ici que le titre 1^{er} de la loi Barnier du 2 février 1995 distinguait maladroitement le public des associations.

commissaire enquêteur de l'examen de leurs observations¹⁰⁰¹. Aucune discrimination territoriale n'est admise, ce qui garantit un cadre participatif totalement ouvert.

Cette « *conception universaliste* »¹⁰⁰² des titulaires du droit de participer aux décisions ayant une incidence sur l'environnement traduit l'esprit du troisième considérant de la Charte de l'environnement selon lequel « *l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains* » et de son article 2 qui dispose que « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». Cette « *participation en faveur de la protection ou de l'exploitation de l'environnement* »¹⁰⁰³ trouve ainsi à s'appliquer vis-à-vis de toutes les décisions publiques ayant des incidences sur l'environnement, qu'il s'agisse de le protéger ou de lui porter atteinte.

2) *Le champ d'application ratione materiae du principe*

158. Soumettre les décisions ayant une incidence sur l'environnement à une procédure de participation du public, implique nécessairement d'en déterminer le champ d'action exact. D'un énoncé juridique, même laconique, découle nécessairement une mise en œuvre concrète et systématisée à des décisions eu égard à leur nature et/ou à leurs effets, ici vis-à-vis de leurs incidences sur l'environnement, à savoir « *les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité* »¹⁰⁰⁴. Dans un premier temps, il était loisible au législateur de déterminer librement les décisions soumises à une exigence qu'il avait lui-même fixée. Les premières sources supranationales, étant dénuées d'effet direct en droit interne, ne le contraignaient pas. En outre, le juge administratif a toujours estimé que la formalisation du principe de participation à l'article L. 110-1 du code de l'environnement n'emportait pas d'obligation immédiatement applicable. Le Conseil d'État a ainsi estimé jugé que « *les dispositions du 4° du II de l'article L. 110-1 du code de l'environnement (...) se bornent à énoncer des principes dont la portée a vocation à être définie dans le cadre d'autres lois ; qu'elles n'impliquent, par elles-mêmes, aucune*

¹⁰⁰¹ CE, 14 novembre 1980, Ministre de l'Intérieur contre Collombon et autre, *Rec.*, 430 ; *D.*, 1981, IR, 326, obs. BON.

¹⁰⁰² A. FARINETTI, « L'utilisation du principe de participation dans le cadre de la QPC : la Charte contre elle-même », *op. cit.*

¹⁰⁰³ *Idem*

¹⁰⁰⁴ Article L. 110-1 du code de l'environnement.

obligation de procéder à l'association du public au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ; qu'en l'absence de disposition législative ayant organisé les modalités d'une telle participation, la méconnaissance du principe de participation du public énoncé au 4° du II de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ne saurait être utilement invoquée »¹⁰⁰⁵. Or, à partir de la fin des années 1990, cette liberté d'appréciation du législateur pour déterminer le champ d'application de l'exigence a pris fin avec l'apparition successive de la Convention d'Aarhus, des directives de l'Union européennes et surtout de la Charte de l'environnement, qui ont permis de théoriser les catégories de décisions qui y sont soumises (a). Pour concrétiser ce champ d'application, le législateur organise une pluralité d'instruments de consultation du public (b).

a) Un domaine théorisé : les décisions ayant une incidence sur l'environnement

159. Pour identifier les aspects théoriques du domaine des décisions soumises à procédure de participation du public préalablement à leur adoption, il faut d'abord se tourner vers la Convention d'Aarhus et vers les directives de l'Union européenne. L'étude de ces sources supra-nationales démontre que la participation du public doit être mise en œuvre pour trois grandes catégories de décisions ayant une incidence sur l'environnement, qui ne sont pas toujours identifiées avec le même degré de précision.

Le premier domaine vise les « *décisions relatives à des activités particulières* », selon les termes de l'article 6 de la Convention d'Aarhus, avant leur autorisation ou leur encadrement par la puissance publique, dont la liste précise est fixée à l'annexe I de la convention. La nature des opérations visées est très variée. Pour schématiser, sont concernées les installations relatives aux secteurs des industries métallurgiques, minérales, chimique, papetière, textile et agroalimentaire, d'OGM, de la gestion des déchets, de l'énergie, de la gestion de la ressource en eau, des ports, et de la voirie. Ces différents secteurs sont concernés en fonction de la nature de l'activité et de ses caractéristiques (capacité, tonnage, puissance électrique, dimensions...). La convention insère également les hypothèses dans lesquelles une évaluation de l'impact environnemental est prévue par le droit national ou lorsque l'État le prévoit en raison de l'effet

¹⁰⁰⁵ CE, 26 juin 2013, n° 360466, Commune de Roquefère, *Rec.*, tables ; *AJDA*, 2013, p. 1367 ; *RFDA*, 2013. 1096, concl. X. DE LESQUEN ; *RJEP*, n° 719, mai 2014, comm. 21, concl. X. DE LESQUEN, *Envir.*, 2013, comm. 71, obs. F. JAMAY.

important du projet sur l'environnement¹⁰⁰⁶. De la même façon, en droit de l'Union européenne, les activités concernées font l'objet de catalogues annexés à la directive « *projets* » du 13 décembre 2011¹⁰⁰⁷ et à la directive relative aux émissions industrielles du 24 novembre 2010¹⁰⁰⁸. Si l'ensemble est cohérent, la démarche relève en réalité de la simple casuistique par le jeu des critères retenus pour l'identification des « *projets* » ou « *activités particulières* », comme la capacité, le tonnage, la puissance, les dimensions... L'étude de ces critères démontre que seule l'élaboration des grands projets doit être soumise à une procédure préalable de participation du public en vertu des sources supra-nationales. Cette limitation à de grands projets s'inscrit dans l'idée selon laquelle plus un projet est important, plus son impact sur l'environnement est grave et prolongé dans le temps. Cela justifie un examen poussé de son instruction pour permettre aux autorités publiques de décider de l'autoriser en toute connaissance de cause, notamment au regard de ceux qui ont vocation à en subir les conséquences, à savoir le public. Cette limitation à de grands projets n'interdit pas au droit interne de soumettre parallèlement des projets de moindre importance à cette même exigence, en retenant ses propres critères.

Le deuxième domaine intéresse les « *plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement* », selon l'article 7 de la Convention d'Aarhus, qui n'en précise cependant pas les contours¹⁰⁰⁹. Pour apprécier l'étendue des catégories de décisions réglementaires concernées, il faut se tourner vers le droit de l'Union européenne, et plus spécifiquement vers la directive n° 2001/42/CE du 27 juin 2001¹⁰¹⁰ qui innove en précisant enfin un champ d'application précis. Au regard du droit de l'Union européenne, sont visés à l'article 3 de la directive, les plans et programmes concernant « *les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la pêche, de l'énergie, de l'industrie, des transports, de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau, des télécommunications, du tourisme, de l'aménagement du territoire urbain et rural ou de l'affectation des sols et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive ["projets"]*. Il en ressort que le champ d'application matériel de la participation du public vise tout autant les projets, précisément définis au sein de

¹⁰⁰⁶ Cette disposition est d'effet direct (CE, 28 juillet 2004, n° 254944, Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire et a., ; *Envir.*, 2004, n° 12, comm. n° 121, obs. V. PICARD).

¹⁰⁰⁷ Annexes I et II de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *op. cit.*

¹⁰⁰⁸ Annexe I de la directive n° 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ L'article 7 de la Convention d'Aarhus n'est pas d'effet direct. CE, 25 septembre 2013, n° 352660, Société française pour le droit de l'environnement.

¹⁰¹⁰ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE*, n° 197, 21 juillet 2001, p. 30 (article 6).

la directive du 13 décembre 2011, reprenant ceux définis par la Convention d'Aarhus, que les documents généraux de planification dans lesquels ils s'insèrent. Plus généralement, l'exigence de participation a vocation à s'imposer à tout document de planification dont l'objet intéresse la matière environnementale en encadrant les activités et les projets susceptibles de l'affecter.

Enfin, le troisième et dernier domaine d'application de l'exigence comprend les « *dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement* », visées à l'article 8 de la Convention d'Aarhus, mais que l'on ne retrouve pas dans le cadre des directives de l'Union européenne. Sous cette rubrique, qui n'est ici encore pas définie avec précision par la convention¹⁰¹¹, doit être regroupé l'ensemble des législations et réglementations qui encadrent tant les activités particulières que les plans, programmes ou politiques relatives à l'environnement. Peuvent aussi entrer dans ce cadre les décisions d'espèce visant à appliquer un statut général, comme par exemple une décision de classement.

Au regard de ces trois catégories de décisions évoquées dans ces sources supranationales, peuvent être déterminés les contours théoriques des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement. Comme l'évoque P. Le Louarn, « *ce sont donc tous les domaines mettant en cause l'environnement qui sont concernés et le champ de la participation va de l'élaboration de la législation à la réalisation du moindre projet (...)* »¹⁰¹².

160. De leur côté, les sources internes formalisant le principe de participation du public définissent plus sommairement ce domaine d'application. Sous l'empire de la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, l'article L. 110-1 du code de l'environnement visait les « *projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* ». Retenant une notion plus large, l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004 vise l'élaboration des « *décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Enfin, pour rapprocher les définitions constitutionnelles et législatives, l'article L. 110-1 du code de l'environnement mentionne désormais, depuis l'intervention de la loi du 27 décembre 2012¹⁰¹³,

¹⁰¹¹ Pour rappel, l'article 8 de la Convention d'Aarhus n'est pas d'effet direct. CE, 28 déc. 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *op. cit.*, *Rec.*, p. 588 ; AJDA 2006, p. 1664, note B. DELAUNAY ; conclusions contraires AGUILA.

¹⁰¹² P. LE LOUARN, « Le principe de participation », *op. cit.*, p. 128 et s.

¹⁰¹³ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012 (article 1^{er}).

les « *projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». De ces énoncés laconiques ressortent tout de même des précisions utiles quant au champ d'application matériel de la participation du public.

Il faut en premier lieu reconnaître que l'emploi de l'expression de « *décisions publiques* » permet de mieux englober sous un même vocable les divers champs d'application prévus dans le cadre de la Convention d'Aarhus¹⁰¹⁴, à laquelle font référence les documents préparatoires à la Charte de l'environnement. Alors que la notion de « *projets* » pouvait à tort laisser à penser que seuls les « *projets* » ou « *activités particulières* » étaient concernés, celle de « *décisions publiques* » permet d'inclure également les « *plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement* » et les « *dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale* ».

Il faut en second lieu constater que l'évocation des décisions ayant une « *incidence* » sur l'environnement, par son imprécision, a vocation par elle-même à élargir en droit interne la portée du principe à de nombreuses situations non répertoriées par les annexes de la convention d'Aarhus et des directives de l'Union européenne. Compte tenu de la très grande typologie des mesures qui auraient pu être potentiellement concernées, la notion d'« *incidence* » a dû faire l'objet d'une délimitation par le législateur, sous le contrôle du juge constitutionnel. Initialement, sous l'empire de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, l'article L. 110-1 du code de l'environnement prévoyait d'associer le public aux projets ayant une incidence « *importante* » sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. Afin de donner toute sa portée à l'article 7 de la Charte de l'environnement, le législateur puis le juge constitutionnel élargiront le champ d'application *ratione materiae* aux « *incidences directes et significatives* » sur l'environnement, à défaut de disposition spéciale imposant une procédure de participation du public. Dès lors, en droit interne, pour délimiter avec précision les contours des décisions soumises à l'exigence de participation du public, il convient d'examiner chacune des procédures de consultation du public mise en place par le législateur.

b) *Un domaine concrétisé au sein de diverses procédures de consultation du public*

¹⁰¹⁴ M. PRIEUR, « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1157 et s. ; K. FOUCHER, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA*, 2006, p. 2316 et s.

161. Historiquement, la mise de place en droit interne de procédures de participation du public en matière environnementale a anticipé la reconnaissance formelle de cette exigence. La mise en œuvre de ce qui deviendra un principe supra-législatif s'est d'abord appuyée sur un instrument préexistant, l'enquête publique (i), avant que des procédures simplifiées de consultation du public soient plus récemment mises en place, à savoir les procédures dites de mise à disposition et de consultation par voie électronique (ii). Dans un premier temps, ce cadre participatif organisé par des dispositions spéciales permettait au législateur de fixer précisément le domaine des décisions ayant une incidence sur l'environnement, notamment dans le respect des dispositions de la Convention d'Aarhus et des directives de l'Union européenne, en recourant par liste exhaustive. Mais la systématisation de ce domaine intervenue dans le cadre de l'article 7 de la Charte de l'environnement a contraint le législateur à élargir ce champ d'application à toutes les décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement dans le cadre de nouvelles procédures applicable en l'absence de procédure spécifiques (iii). Pour ces dernières, le législateur renvoie à l'administration, sous le contrôle du juge administratif, le soin d'en déterminer les contours exacts.

i) *Des décisions environnementales initialement soumises à la procédure préexistante de l'enquête publique*

162. La participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement s'est d'abord concrétisée dans le cadre d'un instrument ancien de participation citoyenne, l'enquête publique. Cette procédure se caractérise par la présence d'un commissaire enquêteur, ou d'une commission d'enquête, chargé de recevoir les observations du public, d'en faire un compte rendu au décideur en l'accompagnant d'un avis personnel sur le projet de décision¹⁰¹⁵. Née au XVIII^e siècle¹⁰¹⁶, elle a initialement été mise en place dans des domaines où la propriété individuelle est affectée par une décision administrative en matière d'aménagement. Son domaine d'excellence, apparu à partir du début du XIX^e siècle¹⁰¹⁷, est celui de l'expropriation,

¹⁰¹⁵ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰¹⁶ Une première illustration est à trouver dans le cadre d'un décret du 26 décembre 1790 relatif au dessèchement des marais. J.-P. PAPIN, « La réforme des enquêtes publiques », *CJEG*, novembre 1983, p. 335 ; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰¹⁷ Après qu'une loi du 8 mars 1810 ait institué l'enquête parcellaire, relevant davantage d'une procédure contradictoire, l'ordonnance du 28 février 1831 institue une enquête préalablement à l'expropriation pour des projets de grands travaux de voiries. Son champ est rapidement étendu par la loi du 7 juillet 1833 à l'ensemble des

où l'enquête publique est organisée préalablement à la déclaration d'utilité publique. Elle s'est ensuite progressivement diffusée dans divers domaines intéressant plus ou moins directement la propriété individuelle. Des procédures d'enquête publique ont ainsi été instituées dans le cadre de projets ponctuels, notamment en matière d'établissements dangereux, incommodes et insalubres¹⁰¹⁸, de projets d'aménagement, d'embellissement et d'extension communaux¹⁰¹⁹, de projets de lignes électriques¹⁰²⁰ ou de projets de voies ferrées¹⁰²¹. Parallèlement à ces projets, l'enquête publique a été mise en place pour l'élaboration de documents généraux de planification urbaine, pouvant imposer des servitudes administratives affectant l'exercice du droit de propriété¹⁰²². Il faut notamment ici citer le cas des anciens projets régionaux d'urbanisme¹⁰²³ mais surtout les plans d'occupation des sols et les schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme et leurs successeurs, les plans locaux d'urbanisme et les schémas de cohérence territoriale¹⁰²⁴. La philosophie qui sous-tend la mise en place d'une procédure d'enquête publique reste à cette époque la défense de la propriété individuelle, quand bien même le juge n'imposait aucune règle générale de mise en place d'une procédure d'enquête publique préalablement à une décision ayant une incidence sur celle-ci¹⁰²⁵. Cette philosophie répondait d'abord à une préoccupation sociologique. Comme l'évoque B. Toulemonde, « *la société d'alors la conçoit à son image : adaptée à une société rurale où les valeurs individuelles, au premier rang desquelles se situe le droit de propriété, sont prépondérantes* »¹⁰²⁶. Dès lors, l'enquête publique est vue comme une garantie individuelle et non collective, où les individualités sont appelées à émettre leurs observations, à l'instar d'une procédure contradictoire. Les associations y trouvaient alors assez difficilement leur place. B. Toulemonde affirme que « *le "public" est certes invité à présenter ses observations. Mais*

travaux susceptibles de justifier une expropriation. Des ordonnances des 18 février 1834, 15 février et 23 août 1835, restées en vigueur pendant plus d'un siècle, vinrent en préciser les formes et la durée.

¹⁰¹⁸ Décret impérial du 15 octobre 1810, relatif aux manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode ; Loi du 19 décembre 1917 portant réglementation des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, et sur la pollution atmosphérique, *JO*, 21 décembre 1917, p. 10443. En cette matière, on parlait d'enquête « *de commodo et incommodo* ».

¹⁰¹⁹ Loi du 14 mars 1919 plans d'extension et d'aménagement des villes, *JO*, 15 mars 1919, p. 2726.

¹⁰²⁰ Décret du 29 juillet 1927 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, *JO*, 17 août 1927, p. 8757.

¹⁰²¹ Décret du 11 septembre 1939 portant rap sur la police, la sureté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt local, *JO*, 22 septembre 1939, p. 11644.

¹⁰²² O. SACHS, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, Economica., 1984, p. 36.

¹⁰²³ Décret-loi du 25 juillet 1935 création de projets régionaux d'urbanisme, *JO*, 27 juillet 1935, p. 8153.

¹⁰²⁴ Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière, *JO*, 3 janvier 1968, p. 3. Les plans d'occupation des sols ont depuis été transformés en plans locaux d'urbanisme par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JO*, n° 289, 14 décembre 2000, p. 19777, texte n° 2.

¹⁰²⁵ CE, 14 mars 1980, Chantebout, *Rec.*, p. 147 ; *CJEG*, 1980, p. 114, conclusions GENEVOIS, note VIROLE ; *AJDA*, 1980, p. 377, obs. J. LEMASURIER ; *RDP*, 1981, p. 471, note WALINE.

¹⁰²⁶ B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *AJPI*, octobre 1976, p. 765-766.

l'articulation de l'enquête sur les atteintes à la propriété conduit ce public à la présentation de revendications individuelles et à la défense d'intérêts particuliers face à une administration qui, par principe, incarne l'intérêt général. De ce fait, le registre d'enquête prend en pratique l'allure d'un registre des réclamations des propriétaires. À la rigueur admet-on l'intervention des associations, mais avec certaines réticences, dues en particulier à l'attachement à la démocratie représentative classique, et à condition que leurs observations ne présentent pas un caractère trop général qui les rendraient inopérantes »¹⁰²⁷. Cette philosophie défensive se traduisait au plan strictement juridique¹⁰²⁸. L'utilité publique d'un projet n'était alors appréciée qu'à l'aune de l'atteinte aux intérêts privés, dont le droit constitutionnel de propriété était la part la plus éminente. L'enquête publique apparaissait comme assez proche de la procédure parallèle ou ultérieure d'enquête parcellaire, qui a pour objet, dans le cadre d'une expropriation, de déterminer avec précision les biens situés dans l'emprise d'un projet et d'identifier avec exactitude les propriétaires concernés¹⁰²⁹. L'enquête d'utilité publique ne se distinguait qu'au regard de son objet limité à la seule appréciation de l'utilité publique du projet.

163. C'est à partir du début des années 1970 que débute le mouvement d'assimilation de l'enquête publique à la matière environnementale et à la participation du public. Plus précisément, il a pour point de départ la réforme du contrôle de l'utilité publique opérée dans la jurisprudence « Ville Nouvelle Est »¹⁰³⁰ du 28 mai 1971, qui aboutit à une prise en compte des atteintes portées à l'environnement¹⁰³¹ dans le cadre de la théorie du bilan « coûts-avantages » qu'opère le juge vis-à-vis des déclarations d'utilité publique. L'enquête publique devient alors progressivement un instrument de protection de l'environnement. Sans toucher au champ d'application dans l'enquête préalable à l'expropriation pour cause d'utilité publique, la réforme de 1976, et plus spécifiquement le décret du 14 mai 1976¹⁰³², impose pour la première

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 766.

¹⁰²⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, La Documentation Française, 1999, p. 14.

¹⁰²⁹ Articles R. 131-1 et suivants du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

¹⁰³⁰ CE, ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, *Rec.*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *AJDA*, 1971, p. 404, chr. LABETOULLE et CABANES et 463, concl. BRAIBANT ; *RA*, 1971, p. 422, concl. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE ; *D.*, 1972, p. 194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971, II, 16873, note HOMONT ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE.

¹⁰³¹ CE, 25 juillet 1975, *Syndicat C.F.D.T. des marins-pêcheurs de la rade de Brest*, *RJE*, 1976, p. 63 ; *AJPI*, 1976, p. 192, chron. R. HOSTIOU.

¹⁰³² Décret n° 76-432 du 14 mai 1976 modifiant les articles 1^{er}, 2, 3, 6, 8 (8-1 et 8-2) du décret n° 59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité

fois dans les documents soumis à enquête, une notice explicative qui « *indique l'objet de l'opération et les raisons pour lesquelles, notamment du point de vue de l'insertion dans l'environnement, parmi les partis envisagés, le projet soumis à l'enquête a été retenu* »¹⁰³³. Dans le même mouvement, le décret du 12 octobre 1977¹⁰³⁴ indique que l'étude d'impact environnementale doit être comprise dans le dossier d'enquête lorsque les champs d'application de ces deux législations se confondent. Mais c'est surtout avec la loi « Bouchardeau » du 12 juillet 1983, relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement¹⁰³⁵, que naît une « enquête environnementale » particulière qui se caractérise par des règles spécifiques et un domaine d'application systématisé. Ainsi, au titre de l'article 1^{er} de la loi, il existe un principe selon lequel « *la réalisation d'aménagements, d'ouvrages ou de travaux, exécutés par des personnes publiques ou privées doit être précédée d'une enquête publique lorsqu'en raison de leur nature, de leur consistance ou du caractère des zones concernées ces opérations sont susceptibles d'affecter l'environnement* ». Pour la détermination exacte du champ d'application de cette nouvelle procédure, la loi renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de préciser les opérations visées. L'apport quant au domaine de l'enquête publique est resté assez relatif, puisqu'on a estimé que 80 % des opérations visées donnaient déjà auparavant lieu à une enquête publique au regard de la législation préexistante¹⁰³⁶. Quant à l'application de cette nouvelle enquête environnementale aux documents d'urbanisme, la loi Bouchardeau n'apporte pas d'innovation, puisque la mise en place d'une enquête publique relève des dispositions législatives spécifiques à leur champ d'application¹⁰³⁷. L'apport de l'enquête « Bouchardeau » résidait surtout dans deux autres aspects. Implicitement, en raccordant le champ de l'enquête publique avec celui des décisions ayant une incidence sur l'environnement et en la « démocratisant », le législateur a modifié l'esprit du dispositif en l'ouvrant enfin à l'ensemble du public, et notamment aux associations

publique et portant dispositions diverses pour l'application du titre iii de la loi 751328 du 31 décembre 1975, *JO*, 19 mai 1976, p. 2983.

¹⁰³³ Disposition aujourd'hui codifiée à l'article R. 112-6 du code de l'expropriation. Voir notamment R. HOSTIOU, « Enquête publique et aménagement », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.) *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 44.

¹⁰³⁴ Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JO*, 13 octobre 1977, p. 4948.

¹⁰³⁵ Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, *JO*, 13 juillet 1983, p. 2156.

¹⁰³⁶ J. THOMAS, « Le champ d'application de la loi », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.) *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁰³⁷ L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi Bouchardeau indique simplement que « *lorsque des lois et règlements soumettent l'approbation de documents d'urbanisme ou les opérations mentionnés au premier alinéa du présent article à une procédure particulière d'enquête publique, les règles régissant ces enquêtes demeurent applicables dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi* ».

de défense de l'environnement, de sorte qu'elle ne soit plus cantonnée sociologiquement à la seule participation des propriétaires affectés par le projet, plan ou programme. C'est seulement à partir de cette loi du 12 juillet 1983 que naît réellement l'idée d'une participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. Parallèlement, au regard du dispositif mis en place, l'apport de l'enquête environnementale a aussi résidé dans le renforcement des garanties offertes au public et des pouvoirs confiés au commissaire enquêteur ou à la commission d'enquête, qui se sont approfondis au fil des réformes successives¹⁰³⁸.

164. Lors de la mise en place de l'enquête publique environnementale, le législateur n'avait pas pris soin de rationaliser le régime et le champ des enquêtes publiques, ce qui avait été critiqué par la doctrine. Depuis lors, le législateur s'est efforcé de concrétiser deux propositions portées par la doctrine prônant un effort de simplification par la loi du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement (loi Grenelle II)¹⁰³⁹, qui en outre affirme pour la première fois explicitement que l'enquête publique a bien pour objet d'assurer « *la participation du public* »¹⁰⁴⁰.

D'une part, depuis la loi ENE du 12 juillet 2010, le législateur s'est enfin décidé à répondre à la critique tirée de la multiplicité des formes de l'enquête publique qui ont pu être organisées dans le cadre de diverses législations spécifiques. Dans un rapport de 2005, l'Inspection générale de l'environnement et le Conseil général des ponts et chaussées dénombreait environ 180 procédures d'enquêtes, relevant d'une vingtaine de codes différents. Alors qu'une partie de la doctrine¹⁰⁴¹ et le Conseil d'État¹⁰⁴² prônaient une unification de l'ensemble des procédures d'enquête publique, qu'elles intéressent ou non la matière

¹⁰³⁸ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰³⁹ Articles 239 et 240 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *op. cit.* Il faut noter que cette volonté de simplification a pris plus de temps que prévu. Elle avait déjà été préconisée par la loi n° 2004-1343 du 6 décembre 2004 de simplification du droit (*JO*, 10 décembre 2004, p. 20857) qui, dans son article 60, avait habilité le gouvernement à prendre par ordonnance, les dispositions nécessaires « *pour regrouper les différentes procédures d'enquête publique et en simplifier et harmoniser les règles* ». Le délai d'habilitation ayant été dépassée, le principe a été réaffirmé par l'article 52 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite « loi Grenelle I » (*JO*, 5 août 2009, p. 13031) selon lequel : « *les procédures d'enquête publique seront modifiées afin de les simplifier, de les regrouper, d'harmoniser leurs règles et d'améliorer le dispositif de participation du public (...)* ».

¹⁰⁴⁰ Article L. 123-1 du code de l'environnement : « *L'enquête publique a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement mentionnées à l'article L. 123-2. Les observations et propositions parvenues pendant le délai de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision* ».

¹⁰⁴¹ B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *op. cit.*, p. 767.

¹⁰⁴² CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 82.

environnementale, afin d'aligner vers le haut leur régime, le législateur a dans un premier temps fait le choix de concrétiser la proposition d'Y. Jégouzo¹⁰⁴³ consistant à les regrouper en deux catégories. Sous l'empire de la loi du 12 juillet 2010, une procédure d'enquête publique se déroulait de façon dichotomique, soit selon les modalités de l'enquête environnementale régie par le code de l'environnement¹⁰⁴⁴, soit selon les modalités de l'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique d'un projet régie par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁰⁴⁵. Alors que la première relève de la compétence du législateur en application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, la seconde est organisée par des dispositions réglementaires. De cette volonté du législateur de simplifier l'architecture des enquêtes publiques, rien ne permettait d'affirmer que le législateur tiendrait définitivement cette promesse¹⁰⁴⁶, puisqu'il reste toujours loisible au législateur de mettre en place de nouvelles procédures particulières d'enquête publique, en dépit d'un engagement de principe. Et il n'a pas résisté longtemps à cette tentation lors de l'élaboration du code des relations entre le public et l'administration, en ajoutant une troisième catégorie d'enquête publique pour les catégories de décisions n'intéressant pas le domaine de l'urbanisme et de l'environnement¹⁰⁴⁷.

D'autre part, cette même loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement¹⁰⁴⁸, a enfin calqué formellement le champ de l'enquête publique sur ceux de l'étude d'impact, en application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement, et de l'évaluation environnementale, en vertu des articles L. 122-4 du code de l'environnement ou des articles L. 104-1 et suivants du code de l'urbanisme¹⁰⁴⁹. L'intérêt réside principalement dans la mise en cohérence des deux législations, l'une relative à l'information environnementale, l'autre à la participation environnementale, les deux étant liées¹⁰⁵⁰. Initialement, il était simplement prévu que l'étude d'impact ou l'évaluation environnementale devait être présente dans le dossier d'enquête publique lorsque les deux champs d'application convergeaient. Mais la seule présence d'une étude d'impact ou d'une évaluation environnementale n'entraînait pas nécessairement l'organisation postérieure d'une procédure

¹⁰⁴³ Y. JÉGOUZO, « L'enquête publique en débat », *op. cit.*, p. 277-278.

¹⁰⁴⁴ Articles L. 123-1 et s. du code de l'environnement.

¹⁰⁴⁵ Articles R. 111-1 et s. du code de l'expropriation.

¹⁰⁴⁶ Y. JÉGOUZO, « L'enquête publique en débat », *op. cit.*, p. 279 ; Y. JÉGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *AJDA*, 2010, p. 1812 ; ; O. SACHS, « Lois Grenelle et réforme des enquêtes publiques : une simplification réussie ? », *Revue juridique de l'économie publique*, novembre 2012, repère 10.

¹⁰⁴⁷ Voir *infra*, n° 181.

¹⁰⁴⁸ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905 (article 236).

¹⁰⁴⁹ Article L. 123-2 du code de l'environnement.

¹⁰⁵⁰ Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

de participation du public. Depuis la réforme de 2010, le champ d'application de l'enquête publique n'est plus déterminé par une liste propre, mais par la liste des opérations soumises à l'étude d'impact et à l'évaluation environnementale, de façon systématique ou au cas par cas¹⁰⁵¹. Toutefois, cette liaison de principe n'a pas de portée exhaustive. L'article L. 123-2 du code de l'environnement ajoute sa propre liste limitative complémentaire., puisque sont en outre visés « *les projets de création d'un parc national, d'un parc naturel marin, les projets de charte d'un parc national ou d'un parc naturel régional, les projets d'inscription ou de classement de sites et les projets de classement en réserve naturelle et de détermination de leur périmètre de protection (...)* ; 4° *Les autres documents d'urbanisme et les décisions portant sur des travaux, ouvrages, aménagements, plans, schémas et programmes soumises par les dispositions particulières qui leur sont applicables à une enquête publique dans les conditions du présent chapitre* », ce qui peut substantiellement allonger la liste. En outre, si l'enquête publique est requise par principe en présence d'une étude d'impact ou d'une évaluation environnementale, diverses exceptions ont été limitativement énumérées pour certaines catégories de projets de travaux, constructions ou aménagements¹⁰⁵². La première catégorie, dispensée de toute procédure de participation du public, vise la prévention d'un danger grave et immédiat, le respect de la défense nationale et, sauf disposition contraire, les travaux d'entretien, de maintenance et de grosses réparations. La seconde catégorie intéresse les projets soumis à la nouvelle procédure simplifiée de consultation du public par voie électronique.

ii) *Le recours à des procédures simplifiées de mise à disposition et de consultation du public par voie électronique*

165. Si l'enquête publique constitue un bon outil permettant au public de participer lors de la procédure d'élaboration d'un projet, plan ou programme ayant une incidence sur l'environnement, sa mise en œuvre peut s'avérer une contrainte lourde et coûteuse pour le

¹⁰⁵¹ Article R. 123-1 I du code de l'environnement. Cet article a été rédigé *contra legem* puisque l'article L. 123-2 exclut les « *demandes de permis de construire et de permis d'aménager portant sur des projets de travaux, de construction ou d'aménagement donnant lieu à la réalisation d'une évaluation environnementale après un examen au cas par cas effectué par l'autorité environnemental* ».

¹⁰⁵² Articles L. 123-2 et R. 123-1 du code de l'environnement.

responsable du projet, plan ou programme, notamment au regard de la désignation d'un commissaire ou d'une commission d'enquête, et des pouvoirs qui lui sont consentis¹⁰⁵³.

Afin d'alléger la procédure de participation du public pour des projets, plans ou programmes réputés mineurs, le législateur a dans un premier temps fait le choix d'organiser une procédure moins contraignante de mise à disposition du public d'un dossier d'information, permettant au public de présenter ses observations, remarques et contrepropositions sur un registre ouvert à cet effet, mais sans la présence d'un commissaire enquêteur ou d'une commission d'enquête. Ainsi en va-t-il pour les procédures de rectification d'erreur matérielle et de modification simplifiée des schémas de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme¹⁰⁵⁴, et pour les autorisations simplifiées d'enregistrement des installations classées pour la protection de l'environnement¹⁰⁵⁵.

La loi ENE du 12 juillet 2010 en avait également fait une procédure de droit commun lorsqu'un projet de construction, de travaux, d'ouvrage ou d'aménagement, un plan ou un programme relatif à l'environnement nécessite une étude d'impact ou une évaluation environnementale mais n'est soumis, en vertu de dispositions législatives spécifiques, ni à enquête publique ni à une autre procédure de consultation du public, sauf hypothèse d'urgence. Il revenait au pétitionnaire ou autre maître de l'ouvrage de mettre à la disposition du public, avant toute décision d'autorisation, un dossier comprenant notamment le projet et l'évaluation environnementale y afférant¹⁰⁵⁶. La mise en place de ces procédures simplifiées a eu un effet important sur le nombre des enquêtes publiques, puisqu'il a été estimé que face aux près de 12 000 enquêtes réalisées en 1983, il y en a eu seulement 5 550 en 2014.

Sans être fondamentalement transformé, ce dispositif a été remplacé, dans le cadre de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016¹⁰⁵⁷, par une nouvelle procédure de participation du

¹⁰⁵³ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰⁵⁴ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés, *JO*, n° 0041, 18 février 2009, p. 2841 ; disposition aujourd'hui codifiée aux articles L. 143-38 et L. 153-47 du code de l'urbanisme.

¹⁰⁵⁵ Ordonnance n° 2009-663, 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, *JO*, n° 0134, 12 juin 2009, p. 9563. Disposition codifiée à l'article L. 512-7-1 du code de l'environnement. Le Conseil constitutionnel ne l'a pas jugée contraire à l'article 7 de la Charte de l'environnement : Décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JO*, 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 508 ; *AJDA*, 2011, p. 1981 ; *AJDA*, 2012, p. 260, étude B. DELAUNAY ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *Constitutions*, 2012, p. 150, obs. A. FARO ; *RSC*, 2011, p. 844, obs. J.-H. ROBERT.

¹⁰⁵⁶ Ancienne mouture des articles L. 122-1-1 et L. 122-8 du code de l'environnement.

¹⁰⁵⁷ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0181, 5 août 2016, texte n° 14.

public par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, pour continuer d'offrir aux responsables de projets, plans et programmes, un cadre procédural simplifié vis-à-vis de l'enquête publique, sans recours au tiers garant que constitue le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête, tout en garantissant une meilleure participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement, grâce à la dématérialisation de la procédure. Ayant un champ d'application parallèle à l'enquête publique, cette procédure de participation du public par voie électronique s'applique toujours pour certains projets de travaux, constructions et aménagements soumis à étude d'impact mais exemptés d'enquête publique (projets soumis à concertation préalable en vertu de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, zones d'aménagement concerté, projets temporaires ou de faible importance, projets « *offshore* »¹⁰⁵⁸, autorisations d'installations nucléaires de base temporaires¹⁰⁵⁹), ainsi que pour les plans et programmes qui font l'objet d'une évaluation environnementale et pour lesquels une enquête publique n'est pas requise en application des dispositions particulières qui les régissent (modification et révision des schémas d'aménagement et de gestion des eaux¹⁰⁶⁰ ; adoption des schémas régionaux de carrière¹⁰⁶¹). Le législateur n'est pas allé au bout de la logique de simplification, puisque, à titre dérogatoire, il est prévu que l'élaboration des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, des plans de gestion des risques inondations et des plans d'action pour le milieu marin sont soumis à des dispositions spécifiques de participation du public. Il faut également évoquer ici les hypothèses dans lesquelles cette procédure n'a classiquement pas à être organisée, en raison de l'urgence justifiée par la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public¹⁰⁶² ou en raison d'intérêts protégés par le secret¹⁰⁶³. Pour l'essentiel, la mise en place de cette procédure reprend le dispositif qui avait été préalablement mis en place pour la participation du public aux décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, lorsque celles-ci ne sont pas soumises, par les dispositions législatives qui leur sont applicables, à une procédure particulière organisant la participation du public à leur élaboration.

¹⁰⁵⁸ Articles L. 123-2 et R. 123-1 du code de l'environnement.

¹⁰⁵⁹ Article L. 593-37 du code de l'environnement.

¹⁰⁶⁰ Articles L. 212-7 et 9 du code de l'environnement.

¹⁰⁶¹ Article R. 515-5 du code de l'environnement.

¹⁰⁶² Article L. 123-19-3 du code de l'environnement.

¹⁰⁶³ Article L. 123-19-5 du code de l'environnement.

iii) *L'ajout des procédures générales de consultation du public pour les décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement*

166. Afin de donner toute leur portée à l'article 8 de la Convention d'Aarhus¹⁰⁶⁴, portant sur la participation du public durant la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale, ainsi qu'à l'article 7 de la Charte de l'environnement, l'article 244 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹⁰⁶⁵ révèle le choix du législateur d'élargir la participation du public à l'élaboration des décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics qui ont une « *incidence directe et significative* » sur l'environnement. L'article 244 de cette loi crée, dans le chapitre du code de l'environnement relatif à la « *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* », une nouvelle procédure de participation du public à l'article L. 120-1 du code de l'environnement applicable « *sauf disposition particulière relative à la participation du public prévue par le présent code ou par la législation qui leur est applicable, [aux] décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics (...) lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement (...)* »¹⁰⁶⁶. Ce dispositif fut le point de départ d'une longue série de jurisprudences constitutionnelles et administratives permettant de fixer les contours du champ d'application matériel de l'exigence fixée à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

167. Au prix d'un « *harcèlement du Conseil constitutionnel* »¹⁰⁶⁷, le législateur a été contraint de revoir le champ de cette procédure applicable en l'absence de procédure particulière.

¹⁰⁶⁴ Pour rappel, l'article 8 de la Convention d'Aarhus n'est pas d'effet direct. CE, 28 déc. 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ; *Rec.*, p. 588 ; AJDA 2006, p. 1664, note B. Delaunay ; conclusions contraires AGUILA.

¹⁰⁶⁵ Article 244 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905. Article introduit à l'initiative de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire de l'Assemblée nationale.

¹⁰⁶⁶ Article L. 120-1 du code de l'environnement tel qu'issu de l'article 244 de la Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *op. cit.*

¹⁰⁶⁷ M. PRIEUR, « Un nouvel instrument de démocratie participative », *AJDA*, 2013, p. 193.

Le dispositif mis en place fut d'abord censuré par une décision du Conseil constitutionnel n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012¹⁰⁶⁸, pour méconnaissance du champ d'application *ratione personae*¹⁰⁶⁹, en ce qu'il limitait à tort la participation à une simple information du public préalablement à la consultation obligatoire d'un organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision. Il était en effet prévu que les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics faisaient 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 (...) 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* ». Cette méconnaissance du droit pour tout le public de participer a été corrigée par la loi du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement¹⁰⁷⁰. Désormais, la procédure applicable en l'absence de disposition particulière est une procédure associant l'ensemble du public.

Parallèlement, dans sa décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012¹⁰⁷¹, le Conseil constitutionnel a censuré la limitation du domaine de cette nouvelle procédure aux seules décisions réglementaires de l'État, en l'absence de procédures particulières, ce qui visait tout aussi bien à mettre en œuvre la Charte de l'environnement que de transposer l'article 8 de la Convention d'Aarhus¹⁰⁷², visant les « *dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale* ». Le juge constitutionnel a sanctionné le fait « (...) *qu'aucune autre disposition législative générale n'assure, en l'absence de dispositions particulières, la mise en œuvre de ce principe à l'égard de leurs décisions non*

¹⁰⁶⁸ Décision n° 2012-262 QPC du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement, *JO*, 14 juillet 2012, p. 1163 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 326 ; *AJDA*, 2012, p. 1430 ; *D.*, 2012, p. 1828, et 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT* 2012. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER : « 8. *Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées prévoient que les projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées soumises à autorisation font l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique, avant leur transmission au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques ; que ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause ; que, par suite, en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence* ».

¹⁰⁶⁹ Voir *supra*, n° 156.

¹⁰⁷⁰ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012 (article 2).

¹⁰⁷¹ Décision n° 2012-282 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre, *JO*, 24 novembre 2012, p. 18543 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 596 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014. 104, obs. F. G. TREBULLE (considérant 17).

¹⁰⁷² F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *Environnement*, n° 4, avril 2013, étude 11.

réglementaires (...) ». Cette censure, prenant effet au 1^{er} septembre 2013, impliquait deux réformes : d'abord, une application du principe aux décisions non réglementaires de l'État et de ces établissements publics ; ensuite, une application à l'ensemble des décisions des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement. La première correction est intervenue dans le cadre de la loi du 27 décembre 2012¹⁰⁷³, par laquelle le législateur a élargi la procédure aux décisions non individuelles, visant les décisions réglementaires et d'espèce, de l'État et de ses établissements publics, auxquels s'ajoutent les autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir réglementaire. Ce qui n'est pas concerné était renvoyé à une ordonnance¹⁰⁷⁴, « *compte tenu du délai imparti* » par le Conseil constitutionnel et « *de la nécessité de mener une réflexion approfondie sur cette question avec l'ensemble des acteurs concernés* »¹⁰⁷⁵. Depuis l'ordonnance du 5 août 2013¹⁰⁷⁶, créant un article L. 120-1-1 du code de l'environnement, la procédure est applicable aux décisions non individuelles de l'ensemble des autorités publiques, ainsi qu'aux décisions individuelles de ces mêmes collectivités¹⁰⁷⁷, lorsqu'elles ont une « *incidence directe et significative* » sur l'environnement, hormis là encore les hypothèses dans lesquelles cette procédure n'a pas à être organisée, en raison de l'urgence justifiée par la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public¹⁰⁷⁸ ou en raison d'intérêts protégés par le secret¹⁰⁷⁹. Depuis l'ordonnance de 2016, ces procédures sont désormais codifiées aux articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 et suivants du code de l'environnement¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷³ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, n° 0302, 28 décembre 2012, p. 20578 (article 2).

¹⁰⁷⁴ L'article 12 de la loi habilitait le Gouvernement à prendre ces par ordonnance avant le 1er septembre 2013.

¹⁰⁷⁵ Exposé des motifs de la loi du 27 décembre 2012.

¹⁰⁷⁶ Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 6 août 2013, p. 13396. Pour une étude de cette ordonnance, voir notamment F. JAMAY, « L'ordonnance du 5 août relative à la mise en œuvre du principe de participation du public: l'ambition vaincue par le réalisme », *Environnement*, n° 11, novembre 2013, étude 25.

¹⁰⁷⁷ Article L. 120-1-1 du code de l'environnement.

¹⁰⁷⁸ Article L. 123-19-3 du code de l'environnement.

¹⁰⁷⁹ Article L. 123-19-5 du code de l'environnement.

¹⁰⁸⁰ Depuis cette ordonnance, un renvoi est effectué à l'article L. 103-1 du code de l'urbanisme : « *Lorsque des décisions des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement relevant du présent code n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu les cas et conditions dans lesquelles elles doivent être soumises à participation du public, les dispositions des articles L. 123-19-1 à L. 123-19-6 du code de l'environnement leur sont applicables* ». Sur ce point, voir notamment voir B. DELAUNAY, « Les principes en droit de l'urbanisme. Le principe de participation du public », *op. cit.* : « *cette "environnementalisation" du droit de l'urbanisme n'est pas nouvelle, puisque la protection de l'environnement est devenue un de ses objectifs prioritaires à partir du milieu des années soixante-dix. Elle a été facilitée par l'évolution du droit de l'urbanisme, qui n'a plus seulement pour fonction d'encadrer l'occupation des sols en édictant des règles, mais aussi de permettre une gestion de l'espace dans un objectif de développement durable. La consécration constitutionnelle de la Charte de l'environnement l'a renforcée, la constitutionnalisation des principes généraux du droit de l'environnement faisant échec au principe d'indépendance des législations. Le droit de l'urbanisme est ainsi soumis désormais aux exigences de la participation du public, par l'intermédiaire*

168. Inversement, le choix du législateur de restreindre le principe de participation aux décisions ayant une « *incidence directe et significative* » sur l'environnement n'a pas été censuré. Cette précision permet ainsi de cantonner le champ d'application de la participation du public à des décisions présentant des effets notables sur l'environnement, en excluant celles dont les effets seraient indirects ou insignifiants. Dans sa décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 « Association France Nature Environnement »¹⁰⁸¹, le Conseil constitutionnel a considéré que « *l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit que le principe de participation du public s'exerce "dans les conditions et les limites définies par la loi" ; qu'en prévoyant que ne doivent être regardées comme ayant une incidence sur l'environnement que les décisions qui ont une incidence directe et significative sur l'environnement, le législateur a fixé au principe de participation du public des limites qui ne méconnaissent pas l'article 7 de la Charte de l'environnement* ». Mais, alors que ce point n'était pas en cause dans la décision du Conseil constitutionnel, le législateur a souhaité revoir sa position en abandonnant cette restriction du champ de la participation tiré du caractère direct et significatif des incidences sur l'environnement, qui pouvait être « *source d'ambiguïté* »¹⁰⁸² en ce qu'il n'était pas évoqué à l'article 7 de la Charte de l'environnement, bien que compatible avec lui. L'article 2 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement¹⁰⁸³, modifie les articles L. 110-1 et L. 120-1 du code de l'environnement en retirant toute mention d'une restriction, de sorte que la participation du public s'applique dès lors que la décision a une incidence sur l'environnement, comme le dispose la charte constitutionnelle. Selon l'exposé des motifs de la loi « *il n'en résultera pas pour autant que toute décision susceptible d'avoir un effet quelconque sur l'environnement entrera dans le champ d'application de ce dispositif, cet effet devant être suffisamment caractérisé dans des conditions que la jurisprudence sera amenée à préciser,*

des dispositions du droit de l'environnement. Il devient difficile de les dissocier, les domaines de l'urbanisme, de l'aménagement et de l'environnement étant étroitement imbriqués. Le droit de l'urbanisme n'est plus dans le seul code de l'urbanisme. Il faut s'habituer à le croiser continuellement avec le droit de l'environnement ». Afin d'éviter le risque de redondance, J.-C. Hélin propose de dépasser la distinction « droit de l'environnement - droit de l'urbanisme » et de reconnaître de manière plus large un principe de participation du public aux décisions susceptibles d'affecter son cadre de vie. J.-C. HÉLIN, « La participation du public aux décisions en matière d'urbanisme : une intégration ambiguë ? », *Constr.-Urb.*, 2007, comm. 16.

¹⁰⁸¹ Décision n° 2012-282 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre, *JO*, 24 novembre 2012, p. 18543 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 596 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014. 104, obs. F. G. TREBULLE.

¹⁰⁸² Propos de la ministre de l'environnement Ségolène Royal devant le Sénat (séance du 6 nov. 2012).

¹⁰⁸³ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, n° 0302, 28 décembre 2012, p. 20578.

*pour constituer une « incidence » au sens de l'article 7 »*¹⁰⁸⁴. Il est donc revenu aux juges constitutionnel et administratif le soin de préciser quels effets pouvaient être pris en compte pour activer le dispositif constitutionnel tel que précisé par le législateur. Or, malgré cet assouplissement sous forme d'alignement littéral de la loi sur la Constitution, la jurisprudence a maintenu le critère de l'incidence « directe et significative » pour activer la participation du public au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Cette jurisprudence s'est réalisée en deux temps. D'abord, le Conseil constitutionnel s'est réapproprié ces notions d'incidence directe et significative en dehors de toute référence législative. Dans sa décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013, « Association "Ensemble pour la planète" », il s'est fondé sur le caractère non significatif des autorisations de travaux de recherches d'hydrocarbures en Nouvelle-Calédonie, pour valider l'absence de mise en place d'une procédure de participation du public¹⁰⁸⁵. De la même manière, dans une décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013 « Syndicat français de l'industrie cimentière et autre »¹⁰⁸⁶, il a jugé que l'adoption de normes techniques relatives à l'utilisation obligatoire de bois dans les constructions nouvelles, afin de favoriser une augmentation de la production de bois dont il est attendu une amélioration de la lutte contre la pollution atmosphérique, « *n'est, en elle-même, susceptible de n'avoir qu'une incidence indirecte sur l'environnement* », ce qui exclut l'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement pour les décisions de fixation de ces normes. Suite à ces jurisprudences, l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013¹⁰⁸⁷ a réintroduit ce critère pour les décisions individuelles des autorités publiques, en retenant une formule négative selon laquelle « *ne sont pas regardées comme ayant une incidence sur l'environnement les décisions qui ont sur ce dernier un effet indirect ou non significatif* ». La question des décisions non-individuelles était laissée en suspens. Et c'était sans compter sur la jurisprudence du Conseil d'État¹⁰⁸⁸. Dans un

¹⁰⁸⁴ Voir aussi L. ROSSIGNOL, rapport fait au nom de la commission du développement durable, n° 98, Sénat, 31 octobre 2012.

¹⁰⁸⁵ Décision n° 2013-308 QPC du Conseil constitutionnel, 26 avril 2013, Association "Ensemble pour la planète", *JO*, 28 avril 2013, p. 7401, texte n° 32 ; *Recueil*, p. 682, *Environnement et développement durable*, 2014, chron. 2, L. FONBAUSTIER : à propos des autorisations de travaux de recherches d'hydrocarbures en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁸⁶ Décision n° 2013-317 QPC du Conseil constitutionnel du 24 mai 2013, Syndicat français de l'industrie cimentière et autre, *JO*, 29 mai 2013, p. 8854, texte n° 120 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 756 ; *AJDA*, 2013, p. 1080 ; *D.*, 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE.

¹⁰⁸⁷ Voir notamment F. BRUNET, « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2016, p. 1327.

¹⁰⁸⁸ Voir F. JAMAY, « Des précisions concernant le champ d'application de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, commentaire sous CE, 23 nov. 2015, n° 381249, Stés Altus Energy et Solais, *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, p. 55-56 : « *Pourtant, concernant le champ d'application de l'article L. 120-1, les premières décisions rendues par les juridictions du fond manifestaient d'une interprétation large de la notion de décision ayant une incidence sur l'environnement (TA Fort-de-France, 30 déc. 2014, n° 1300504, GFA Tiber et SCI Faber. – CAA Nancy, 22 janv. 2015, n° 14NC00545 et n° 14NC00546, Assoc. pour la protection des animaux sauvages, AJDA, 2015, p. 1164, note J.-C. HÉLIN). La*

arrêt du 17 juin 2015 « Syndicat national des industries des peintures, enduits et vernis », le juge administratif a considéré que « les dispositions de l'article L. 120-1 du code de l'environnement impliquent que les projets d'acte réglementaire de l'État ayant une incidence directe et significative sur l'environnement fassent l'objet » d'une procédure de participation¹⁰⁸⁹. Si l'on pouvait encore penser à une simple « habitude rédactionnelle »¹⁰⁹⁰, le juge s'est plus explicitement prononcé sur le maintien du critère dans un arrêt du 23 novembre 2015 « Société Altus Energy »¹⁰⁹¹, dans lequel il affirme clairement que « l'article 7 de la Charte de l'environnement, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, ne concerne que les décisions susceptibles d'avoir une incidence directe et significative sur l'environnement ; que l'article L. 120-1 du code de l'environnement, qui a pour seul objet la mise en œuvre du principe de participation énoncé à cet article, doit être interprété en conformité avec ce dernier ; qu'en reprenant le libellé de l'article 7 de la Charte de l'environnement et en supprimant à l'article L. 121-1 la mention, qui y figurait antérieurement, selon laquelle l'incidence de la décision sur l'environnement doit être "directe et significative", le législateur a entendu donner le même champ d'application aux deux articles et non étendre celui de l'article L. 120-1 ; qu'il en résulte que la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi du 27 décembre 2012, ne concerne que les décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement ». Cette interprétation jurisprudentielle revêt en apparence un aspect *contra legem*, puisqu'elle revient explicitement sur le choix du législateur de remettre en cause un critère qu'il jugeait lui-même comme source d'ambiguïté. Cependant, le juge opère aussi et classiquement une interprétation de la loi dans un sens conforme à la Constitution¹⁰⁹², telle qu'elle a été elle-même interprétée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions QPC des 26 avril et 24 mai 2013, retenant ces mêmes critères. Cette question de l'interprétation de la loi a été définitivement refermée par l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016¹⁰⁹³ qui a réintégré pour les décisions non individuelles des

cour de Nancy, dont le rapporteur public avait pourtant considéré que l'incidence des décisions attaquées n'était pas suffisamment significative pour imposer la procédure de participation du public, semblait avoir fixé "un seuil assez bas" à la notion d'incidence sur l'environnement ».

¹⁰⁸⁹ CE, 7 oct. 2015, n° 386436, *Syndicat national des enseignements de second degré*, *Rec.*, ; *AJDA*, 2015, p. 2212, note F. BRUNET.

¹⁰⁹⁰ F. BRUNET, « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p. 1327.

¹⁰⁹¹ CE, 23 nov. 2015, n° 381249, *Société Altus Energy*, *Rec.* ; *AJDA*, 2015, p. 2295 et 1164, note J.-HELIN ; *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, p. 55-56, commentaire F. JAMAY.

¹⁰⁹² Pour un autre exemple jurisprudentiel de cette pratique, voir CE, sect., 22 juin 2007, n° 288206, *Lesourd*, *Rec.*, p. 253, conclusions T. OLSON.

¹⁰⁹³ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0181, 5 août 2016, texte n° 14 (article 3).

autorités publiques l'indication selon laquelle « *ne sont pas regardées comme ayant une incidence sur l'environnement les décisions qui ont sur ce dernier un effet indirect ou non significatif* »¹⁰⁹⁴.

Toutefois, l'incertitude demeure quant à l'étendue exacte du champ des décisions ayant une incidence directe et significative sur l'environnement. Si ces critères s'appliquent fermement¹⁰⁹⁵, encore faut-il déterminer quelles sont les décisions des autorités publiques qui entrent dans ce cadre. Comme l'affirme J.-C. Hélin, « *de façon assez sage, ni le législateur ni le gouvernement n'ont souhaité s'engager dans la voie, faussement sécurisante, d'une liste de décisions, ou dans la détermination a priori de critères d'appréciation, laissant au juge le soin de déterminer, au cas par cas, le contenu de cette notion* »¹⁰⁹⁶. C'est donc à l'administration, sous le contrôle du juge administratif, qu'il revient désormais le rôle de déterminer avec exactitude le champ de la participation du public telle qu'exigée constitutionnellement par l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004. Or, la jurisprudence n'a elle-même pas pris soin de définir les critères permettant de savoir si une décision a une incidence directe et significative sur l'environnement. Lorsqu'ils sont saisis, le juge constitutionnel et le juge administratif se contentent le plus souvent de constater au cas par cas que ces critères sont remplis, en se bornant à affirmer que les dispositions contestées constituent ou non des décisions ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement¹⁰⁹⁷. La délimitation exacte du champ d'application *ratione materiae* de ces décisions reste cantonnée à une casuistique propre à l'étude de la jurisprudence, particulièrement riche en la matière. Ainsi les juges constitutionnel et administratif ont pu juger, que constituent des décisions ayant une incidence sur l'environnement :

¹⁰⁹⁴ Depuis lors, il faut se référer aux articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement.

¹⁰⁹⁵ Sur une proposition de critères alternatifs, voir F. BRUNET, « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *op. cit.*, p. 1327 : « *La référence à des incidences "directes ou significatives" permettrait d'embrasser des hypothèses variées, dans lesquelles l'environnement pourrait par exemple être affecté de façon indirecte mais significative. Dans sa décision du 12 juin 2013, le Conseil d'État avait opposé à cet égard les incidences "directes et significatives" à celles "indirectes ou non significatives" (n° 360702, Fédération des entreprises du recyclage, Rec. ; AJDA, 2013, p. 1255). Quant à l'adjectif "notable", il aurait le mérite de la souplesse, en insistant sur la dimension qualitative de l'effet sur l'environnement : une incidence sur l'environnement mériterait "d'être notée" lorsque, même indirecte, elle paraît contrarier suffisamment les préoccupations environnementales. En réalité, ce débat sur la notion d' "incidence sur l'environnement" au sens de l'article 7 de la Charte ne saurait être réservé au seul prétoire du juge administratif. Il en va ici de l'interprétation de la Constitution et d'une limitation - plus ou moins forte, mais qui paraît devoir être admise par hypothèse - à un principe et un droit constitutionnels* ».

¹⁰⁹⁶ J. C. HÉLIN, « On ne badine pas avec le principe de participation du public », *AJDA*, 2015, p. 1164.

¹⁰⁹⁷ Ponctuellement, le juge administratif apporte quelques brefs éléments d'explication. Sur ce point, voir L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *op. cit.*, p. 517.

-s'agissant des réglementations générales : la détermination de la nomenclature et des règles et prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement¹⁰⁹⁸, la détermination des dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique autorisant la destruction des espèces protégées¹⁰⁹⁹, la fixation du régime applicable à l'installation des enseignes lumineuses¹¹⁰⁰, les règles déterminant les conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets¹¹⁰¹, les prescriptions nationales ou particulière relative à la délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable¹¹⁰², les règles relatives à la déclaration environnementale de certains produits de construction destinés à un usage dans les ouvrages de bâtiment¹¹⁰³, les règles relatives aux installations utilisant l'énergie radiative du soleil en matière de limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité¹¹⁰⁴, l'ajout de catégories d'ICPE à la liste de celles dont la mise en activité est soumise à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement¹¹⁰⁵, ou encore la mise en place par ordonnance d'un dispositif expérimental de certificats d'économie de produits phytopharmaceutiques visant à réduire leur utilisation¹¹⁰⁶ ; mais non la création d'un comité de suivi stratégique de la concession de trois aérodromes¹¹⁰⁷, le décret de décret de suspension administrative permettant au gouvernement

¹⁰⁹⁸ Décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JO*, 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 508 ; *AJDA*, 2011, p. 1981 ; *AJDA*, 2012, p. 260, étude B. DELAUNAY ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *Constitutions*, 2012, p. 150, obs. A. FARO ; *RSC*, 2011, p. 844, obs. J.-H. ROBERT ; Décision n° 2012-262 QPC du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement, *JO*, 14 juillet 2012, p. 1163 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 326 ; *AJDA*, 2012, p. 1430 ; *D.*, 2012, p. 1828, et 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT* 2012. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER.

¹⁰⁹⁹ Décision n° 2012-269 QPC du Conseil constitutionnel, 27 juillet 2012, Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres, *JO*, 28 juillet 2012, p. 12356, texte n° 71 ; *Recueil*, p. 445 ; *AJDA*, 2012, p. 1554 ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT*, 2012, p. 492, obs. M. MOLINER-DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER.

¹¹⁰⁰ Décision n° 2012-282 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre, *JO*, 24 novembre 2012, p. 18543 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 596 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014. 104, obs. F. G. TREBULLE ; CE, 4 décembre 2013, n° 357839, France nature environnement, *Rec.* ; *AJDA*, 2014, p. 1722, note F. BLANCO.

¹¹⁰¹ Décision n° 2016-595 QPC du Conseil constitutionnel du 18 novembre 2016, Société Aprochim et autres, *JO*, n° 0270, 20 novembre 2016, texte n° 31.

¹¹⁰² Décision n° 2012-270 QPC du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2012, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère, *JO*, 28 juillet 2012, p. 12357, texte n° 72 ; *Recueil*, p. 449 ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJDA*, 2012, p. 1554 ; *AJCT*, 2012, p. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER.

¹¹⁰³ CE, 17 juin 2015, n° 375853, Syndicat national des industries des peintures, enduits et vernis, *Rec.* ; *AJDA*, 2015, p. 1236.

¹¹⁰⁴ CE, 23 nov. 2015, n° 381249, Société Altus Energy, *Rec.* ; *AJDA*, 2015, p. 2295.

¹¹⁰⁵ CE, 12 juin 2013, n° 360702, Fédération des entreprises du recyclages, *Rec.*, tables, ; *AJDA*, 2013, p. 1255.

¹¹⁰⁶ CE, 28 décembre 2016, n° 394696 et 395115, *Rec.*, 2016.

¹¹⁰⁷ CE, 5 juin 2013, n° 363258, Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport Notre-Dame-des-Landes.

de redéfinir les règles de conclusion d'un contrat d'achat d'électricité¹¹⁰⁸, ainsi que l'adoption de normes techniques dans le bâtiment destinées à imposer l'utilisation de bois dans les constructions nouvelles, afin de favoriser une augmentation de la production de bois dont il est attendu une amélioration de la lutte contre la pollution atmosphérique¹¹⁰⁹ ;

-s'agissant des documents généraux de planification : l'élaboration des schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie et des schémas régionaux de l'éolien¹¹¹⁰ et des plans de prévention des risques naturels prévisibles¹¹¹¹ ; mais non l'application immédiate de certaines dispositions d'un tel projet de plan de prévention des risques naturels prévisibles, pour assurer la sécurité des personnes et des biens si l'urgence le justifie¹¹¹² ;

-s'agissant de décisions d'espèce : la délimitation des zones de protection des aires d'alimentation des captables d'eau potable et des zones d'érosion¹¹¹³, le classement et le déclassement de monuments naturels¹¹¹⁴, le classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques¹¹¹⁵, la déclaration d'utilité publique permettant l'établissement des servitudes permettant la traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité¹¹¹⁶, un arrêté de biotope¹¹¹⁷ ; mais non la délimitation du domaine public maritime naturel¹¹¹⁸, la décision de création d'une zone de développement

¹¹⁰⁸ CE, 16 novembre 2011, n° 344972, Société Ciel et Terre, *Rec.* ; *AJDA*, 2011, p. 2262.

¹¹⁰⁹ Décision n° 2013-317 QPC du Conseil constitutionnel du 24 mai 2013, Syndicat français de l'industrie cimentière et autre, *JO*, 29 mai 2013, p. 8854, texte n° 120 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 756 ; *AJDA*, 2013, p. 1080 ; *D.*, 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE.

¹¹¹⁰ Décision n° 2014-395 QPC du Conseil constitutionnel du 7 mai 2014, Fédération environnement durable et autres, *JO*, 10 mai 2014, p. 7874, texte n° 79 ; *AJDA*, 2014, p. 954 ; *D.*, 2014, p. 1043 ; *Constitutions*, 2014, p. 186, chron. P. LUTTO.

¹¹¹¹ CE, 13 février 2015, n° 384447, Haut-Commissaire de la République en Polynésie française, *AJDA*, 2015, p. 1190 ; *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juillet 2015, comm. 64, Ph. BILLET.

¹¹¹² Décision n° 2014-411 QPC du Conseil constitutionnel du 9 septembre 2014, Commune de Tarascon, *JO*, 12 septembre 2014, p. 15020, texte n° 54 ; *AJCT*, 2014, p. 617, note S. DEFIX ; *AJDA*, 2014, p. 1688 ; *ibid.*, 2015, p. 468, commentaire B. DELAUNAY ; *Energie - Environnement - Infrastructures*, n° 1, Janvier 2015, comm. 8 ; *BDEI* 2014, n° 53, comm. M. MEMLOUK.

¹¹¹³ Décision n° 2012-270 QPC du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2012, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère, *JO*, 28 juillet 2012, p. 12357, texte n° 72 ; *Recueil*, p. 449 ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJDA*, 2012, p. 1554 ; *AJCT*, 2012, p. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012, 657, obs. K. FOUCHER.

¹¹¹⁴ Décision n° 2012-283 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *JO*, 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91 ; *Recueil*, p. 605 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014, p. 104, obs. F. G. TREBULLE.

¹¹¹⁵ Décision n° 2014-396 QPC du Conseil constitutionnel du 23 mai 2014, France Hydro Électricité, *JO*, 25 mai 2014, p. 8583, texte n° 31 ; *AJDA*, 2014, p. 1066 ; *D.*, 2014, p. 1156.

¹¹¹⁶ Décision n° 2015-518 QPC du Conseil constitutionnel du 2 février 2016, Association Avenir Haute Durance et autres, *JO*, n° 0030, 5 février 2016, texte n° 75.

¹¹¹⁷ TA Fort-de-France, 30 décembre 2014, GFA Tiber et SCI Faber, n° 1300504 ; *AJDA*, 2015, p. 1164, note J.-C. HÉLIN.

¹¹¹⁸ Décision n° 2013-316 QPC du Conseil constitutionnel du 24 mai 2012, SCI Pascal et autre, *JO*, 29 mai 2013, p. 8853, texte n° 119 ; *Recueil*, p. 753 ; *DA*, 2013, comm. 70, note G. ÉVEILLARD.

de l'éolien¹¹¹⁹, les décisions créant, modifiant ou supprimant une zone de préemption « espaces naturels sensibles »¹¹²⁰ ou encore l'arrêté préfectoral délimitant le périmètre de gestion collective des prélèvements d'eau pour l'irrigation et désignant un organisme de gestion unique pour ces périmètres¹¹²¹ ;

-enfin, s'agissant de décisions individuelles : l'autorisation d'exploiter une éolienne¹¹²², l'autorisation de destruction d'animaux nuisibles¹¹²³ ; mais non les autorisations de travaux de recherches minières (nickel, chrome, cobalt) en Nouvelle-Calédonie¹¹²⁴, les décisions d'autorisation d'installations bâches publicitaires, de dispositifs de publicité de dimensions exceptionnelles liés à des manifestations temporaires d'enseignes lumineuses, en elle-même¹¹²⁵, les arrêtés complémentaires pris postérieurement à l'autorisation initiale d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement¹¹²⁶, la décision de non opposition à une déclaration préalable d'installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA), présentée au titre de la législation sur l'eau¹¹²⁷, les autorisations d'aménagement commercial¹¹²⁸ ou encore les décisions d'homologation des circuits de vitesse, prises pour des motifs de police par l'autorité administrative sur le fondement du code du sport¹¹²⁹.

La casuistique propre à cette jurisprudence ne facilite pas la tâche de l'administration chargée de déterminer en premier ressort si telle ou telle décision doit être soumise à la procédure régie par les articles L. 123-19-1 et 2 et suivants du code de l'environnement. Cette difficulté est d'autant plus grande que « *la ligne de partage entre une atteinte caractérisée et*

¹¹¹⁹ CE, 26 juin 2013, n° 360466, Commune de Roquefère, *Rec. tables*, ; *AJDA*, 2013, p. 1367 ; *RFDA*, 2013. 1096, concl. X. DE LESQUEN ; *RJEP*, n° 719, mai 2014, comm. 21, concl. X. DE LESQUEN, *Envir.*, 2013., comm. 71, obs. F. JAMAY.

¹¹²⁰ CE, 29 oct. 2013, n° 370863, Assoc. Paysages d'Alsace, Assoc. Nartecs ; *AJDA*, 2013, p. 2184 ; *Envir.*, 2014, comm. 4, obs. P. TROUILLY et comm. 6, obs. D. GILLIG.

¹¹²¹ CE, 9 oct. 2013, n° 370051, Synd. de gestion des eaux et de l'environnement du Gâtinais Est et Ouest de l'arrondissement du Montargois, *Rec. tables*, ; *AJDA*, 2013, p. 2003 ; *Envir.*, 2013., comm. 84, obs. P. TROUILLY.

¹¹²² Décision n° 2015-718 DC du Conseil constitutionnel du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JO*, n° 0189, 18 août 2015, p. 14376, texte n° 4.

¹¹²³ CAA Nancy, 22 janvier 2015, n° 14NC00545, ASPAS, *AJDA*, 2015, p. 1164, note J.-C. HÉLIN: en l'espèce, il s'agissait du renard.

¹¹²⁴ Décision n° 2013-308 QPC du Conseil constitutionnel du 26 avril 2013, Association "Ensemble pour la planète", *JO*, 28 avril 2013, p. 7401, texte n° 32 ; *Recueil*, p. 682, *Environnement et développement durable*, 2014, chron. 2, L. FONBAUSTIER.

¹¹²⁵ Décision n° 2012-282 QPC du Conseil constitutionnel du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre, *JO*, 24 novembre 2012, p. 18543 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 596 ; *AJDA*, 2012, p. 2246 ; *D.*, 2012, p. 2743, et 2014. 104, obs. F. G. TREBULLE.

¹¹²⁶ CE, 17 oct. 2013, n° 370481, Commune Illkirch-Graffenstaden, *Rec. table* ; *Envir.*, 2013., comm. 84, obs. P. TROUILLY ; *Gaz. Pal*, 2014, n° 8-9, p. 16, note I. EMPAIN.

¹¹²⁷ CE, 20 janv. 2014, n° 373220, SCI Les Genêts, *Rec. tables* ; *AJDA*, 2014, p. 189 ; *BDEI*, 2014, n° 50, note M.-L. DE LA VILLE-BEAUGÉ.

¹¹²⁸ CE, 23 juin 2014, n° 373671, Société TPLM, *AJDA*, 2014, p. 2040.

¹¹²⁹ CE, 23 février 2017, n° 398067.

une atteinte non caractérisée est en effet loin d'être évidente » en ce qu'elle repose parfois sur « *une appréciation in concreto dont le contenu peut difficilement être anticipé par les autorités* »¹¹³⁰. Cette situation « *devrait inciter les autorités concernées, par simple précaution, à mettre en œuvre la procédure de mise à disposition du public dans toutes les hypothèses où il peut exister un doute, ce qui renforcerait singulièrement l'effectivité du principe* »¹¹³¹, d'autant que le droit n'a pas fini d'évoluer sur cette question¹¹³². Si le choix du législateur de ne pas fixer de liste ouverte se justifie en termes de sécurité juridique, permettant ainsi d'éviter de multiples censures par le Conseil constitutionnel, force est de constater que le risque a été transféré aux diverses administrations qui ne sont pas toutes dotées du même savoir juridique quant à l'évaluation du risque ou à la connaissance des solutions jurisprudentielles d'ores-et-déjà apparues, et qui préfèrent à ce titre se référer à la lecture d'un code exhaustif. En cette matière, il faut craindre que la portée réelle du droit pour le public de participer aux décisions ayant une incidence directe et significative reste l'apanage du contentieux administratif qui trouve certes un intérêt pour la doctrine, mais qui n'assure pas sa pratique quotidienne par les acteurs directement chargés de le garantir.

169. Pour conclure ce développement, et sans entrer à ce stade dans le détail du régime de ce dispositif, il faut remarquer que, à l'instar de la procédure régie par l'article L. 123-19 qui s'en inspire, les modalités d'information et d'expression du point de vue par le public font l'objet d'un cadre simplifié. En principe, le processus participatif est largement dématérialisé. Afin de prendre en compte la capacité à faire de l'ensemble des administrations concernées, il peut faire l'objet d'adaptation dans les communes de moins de 10 000 habitants et d'allègement dans les communes de moins de 2 000 habitants. Le processus ne fait ici non plus appel à un tiers garant que l'on retrouve, s'agissant des procédures de consultation du public, uniquement dans les enquêtes publiques. Mais, comme ces dernières, le dispositif est grevé du même défaut, à savoir le caractère tardif des procédures de consultation du public, ce que tentent de pallier les procédures précoces de concertation avec le public.

¹¹³⁰ J. C. HÉLIN, « On ne badine pas avec le principe de participation du public », *op. cit.* p. 1164.

¹¹³¹ *Idem.*

¹¹³² Sur ce point, voir L. FONBAUSTIER, La participation du public, *op. cit.*, p. 517.

3) *Le champ d'application ratione temporis du principe*

170. Si le domaine de la consultation du public permet de répondre à l'exigence du champ d'application de l'exigence de participation du public, son caractère trop tardif, lorsque le projet de décision est déjà arrêté, ne permet pas de répondre à l'exigence d'une participation précoce. Bien qu'inscrite dans les sources supra-nationales du principe de participation, cette exigence n'a cependant pas de portée contraignante (a). Cette carence des instruments de consultation du public a tout de même été compensée en droit interne par l'apparition de nouveaux instruments de concertation avec le public, à savoir la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme et les procédures de débat public et de concertation préalable régies par le code de l'environnement (b).

a) *L'impact réduit de la promotion d'une participation précoce au sein des sources supra-nationales de la participation du public*

171. Le deuxième intérêt des sources formalisant le principe de participation du public, en termes de détermination de ses champs d'application, est leur contribution à l'identification des modalités temporelles d'application de l'exigence, et ce depuis la convention d'Aarhus du 25 juin 1998. Cette dernière pose la règle, dans son article 6 § 4 relatif aux activités particulières et rendu applicable par l'article 7 au plans, programmes et politiques relatives à l'environnement, selon laquelle la participation doit commencer « *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* »¹¹³³ et se dérouler « *tout au long du processus décisionnel* »¹¹³⁴. L'article 8, applicable aux dispositions réglementaires et aux instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale, mentionne quant à lui seulement une participation « *à un stade approprié - et tant que les options sont encore ouvertes - durant la phase d'élaboration* » de la décision.

¹¹³³ Article 6 § 4 de la Convention d'Aarhus.

¹¹³⁴ Article 6 § 3 de la Convention d'Aarhus.

Ces stipulations visent à rappeler que la procédure de participation ne doit pas se limiter pas à une simple consultation du public en aval d'un projet de décision arrêté dans tous ses éléments. Afin de renforcer son efficacité, la participation doit aussi intervenir à un stade précoce durant toute l'instruction du dossier préalable jusqu'à l'arrêt du projet de décision, afin de permettre au public de présenter des observations qui devront être prises en compte par le décideur en temps utile. La participation doit permettre à chacun d'apporter sa pierre à l'édifice normatif et inciter le responsable du projet à envisager sa coconstruction avec l'ensemble des parties prenantes, ce qui implique un processus dynamique, inscrit dans la durée, afin de développer les échanges successifs pour nourrir un projet en cours de conception. L'idée sous-jacente est d'instaurer une discussion préalable permettant d'aboutir de façon concertée au projet de décision. Cette participation à un stade précoce ambitionne une meilleure prise en compte des observations et remarques du public, puisqu'elles auront plus de chance de l'être lors de l'élaboration du projet, que lorsque le décideur estime avoir arrêté son projet, qu'il ne reste plus qu'à faire valider. Cette théorie de la concertation reste un idéal, car la détermination d'un cadre juridique permettant une association du public lors de toutes les phases de conception d'un projet, plan ou programme reste encore délicate¹¹³⁵.

Au regard de cette approche de l'exigence de participation du public, il semble que, parce qu'elle se situe après l'arrêt du projet, l'enquête publique comme les nouvelles autres procédures de consultation du public ne peuvent juridiquement pas prétendre constituer la mise en œuvre de cette stipulation conventionnelle. En effet, la participation du public « *n'intervient que tardivement dans le processus décisionnel, à un stade où le projet a déjà été arrêté dans ses lignes essentielles. On peut donc douter que la simple soumission d'un projet à enquête publique permette de garantir la participation effective du public au processus décisionnel* »¹¹³⁶. Or, ayant été amené à se prononcer, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt « CRILAN » du 28 juillet 2004¹¹³⁷, que l'organisation d'une simple enquête publique ne viciait pas une procédure interne appliquée dans le cadre des activités particulières visées à l'annexe I de la convention. Pour autant, dans cet arrêt, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé eu égard à l'article 6 § 4, mais à l'article 6 § 2 aux termes duquel : « *Lorsqu'un processus décisionnel touchant l'environnement est engagé, le public concerné est informé comme il convient, de*

¹¹³⁵ Voir infra. Partie II, Titre I.

¹¹³⁶ B. DELAUNAY, « La convention d'Aarhus n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un débat public, commentaire sous CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migné-Auxances et Association Linars Nouère Charente », *AJDA*, 2005, p. 1787 et s.

¹¹³⁷ CE, 28 juillet 2004, Comité de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire, le Réseau sortir du nucléaire, et Greenpeace, *AJDA*, 2004, p. 1838 ; *Envir.*, 2004, comm. n° 121.

manière efficace et en temps voulu, par un avis au public ou individuellement, selon le cas, au début du processus ». Plus explicitement, dans un arrêt « Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Auxances et Association Linars Nouère Charente »¹¹³⁸, le Conseil d'État a jugé que « *ces stipulations, qui sont applicables aux projets de création de lignes ferroviaires à grande vitesse, n'impliquent pas par elles-mêmes l'organisation d'un débat public au sens des dispositions des articles L. 121-1 et suivants du code de l'environnement* ». Si elle restait encore en suspens, la question de la valeur à accorder à l'article 6 § 4 va être rapidement résolue. Dans un arrêt « Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes » du 28 décembre 2005¹¹³⁹, la haute juridiction administrative lui a dénié tout effet direct en droit interne, tout comme l'ensemble de l'article 8 de la convention, au motif que ces stipulations « *créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas davantage d'effets directs dans l'ordre juridique interne* ». Le débat est donc résolu s'agissant de la Convention d'Aarhus. Certes, nous le verrons, le droit français est globalement réceptif à l'exigence d'une procédure en amont, mais elle ne s'impose pas à lui juridiquement, compte tenu de la suffisance d'une enquête publique pour respecter la convention d'Aarhus.

172. La solution aurait pu être différente au regard du droit de l'Union européenne. Initialement, le droit communautaire ne prévoyait pas la mise en œuvre d'un tel processus de participation précoce. Si la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement¹¹⁴⁰, dans sa version initiale, innovait en posant un cadre général à la participation, qu'il s'agisse de l'information préalable, des modalités d'émission des observations et de leur prise en compte, ce premier dévoilement de la participation restait sobre s'agissant du cadre temporel d'application de l'exigence, pouvant se limiter à une simple procédure de consultation du public postérieurement à l'arrêt du projet de décision. Cette situation a évolué depuis l'apparition de la convention d'Aarhus, puisque l'idée d'une participation précoce sera réappropriée en droit

¹¹³⁸ CE, 20 avril 2005, n° 258968, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Auxances et Association Linars Nouère Charente, *Rec. tables*, p. 1142 ; *AJDA*, 2005, p. 1787, note B. DELAUNAY, *DA*, juin 2005, p. 23, note F.D. ; *Envir.*, juin 2005, no 54, note TROUILLY.

¹¹³⁹ CE, 28 décembre 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *Rec.*, tables, p. 1143 ; *Envir.*, n° 40, mars 2006, note J.-M. FÉVRIER ; *JCP Adm.*, n° 53, 2006, note ROUAULT.

¹¹⁴⁰ Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L 175, 5 juillet, p. 40-48.

de l'Union européenne, d'abord au sein de la directive « plans et programmes » de 2001, dont l'article 6 § 2 dispose que la possibilité offerte au public de donner son avis doit intervenir « à un stade précoce ». Depuis 2003, l'article 6 § 4 de la directive « projets » exprime l'expression « à un stade précoce de la procédure (...), lorsque toutes les options sont envisageables ». Il est également de même pour la directive relative aux émissions industrielles¹¹⁴¹.

Le juge administratif a certes reconnu l'effet direct en droit interne de ces dispositions qui, « si elles laissent les autorités nationales libres de déterminer la procédure applicable et ses modalités, exigent de façon inconditionnelle que le public soit informé du projet et mis à même de participer au processus décisionnel à un stade précoce de la procédure »¹¹⁴². Cependant, au regard de l'interprétation qu'en fait le juge, il ressort de la jurisprudence que l'organisation d'une simple enquête publique, sans recours à une procédure de participation préalable à l'arrêt du projet, permet là encore de remplir les exigences qui en découlent¹¹⁴³. Dans deux arrêts du 1^{er} mars 2013, « CRILAN et autres » et « Association Sortir du Nucléaire Cornouaille et autre », le Conseil d'État a ainsi explicitement jugé que « la soumission d'un projet à une enquête publique régie par les dispositions du code de l'environnement doit être regardée comme une modalité d'information et de participation du public assurant la mise en œuvre des objectifs fixés par les dispositions citées ci-dessus de l'article 6 de la directive du 27 juin 1985 » et que « les dispositions de la directive (...) n'imposaient pas que [le projet soit soumis] à la procédure [préalable de débat public] prévue par les articles L. 121-1 et suivants du code de l'environnement »¹¹⁴⁴. Dès lors, si le raisonnement diffère vis-à-vis de celui adopté par rapport à la Convention d'Aarhus sur la question de l'effet direct en droit interne, le résultat reste le même, puisque le droit de l'Union européenne n'impose pas, au regard de cette jurisprudence, de phase de concertation avec le public préalablement à la phase de consultation

¹¹⁴¹ Annexe IV de la directive n° 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, *JOUE*, n° L 334, 17 décembre 2010.

¹¹⁴² CE, 9 déc. 2011, n° 324294, Réseau sortir du nucléaire, *Rec.* ; *AJDA*, 2011, p. 2445 ; *RFDA*, 2012, 377, chron. L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2012, p. 934, obs. A. BOUVERESSE. Voir aussi CE, 23 avril 2009, n° 306242, Association France nature environnement.

¹¹⁴³ CE, 9 décembre 2011, Association Réseau Sortir du Nucléaire, *op. cit.* : « que, dès lors que l'enquête publique à laquelle a été soumis le projet litigieux s'est déroulée antérieurement à l'édition du décret l'autorisant et qu'il n'est pas soutenu que les informations visées au 2 de l'article 6 de la directive citée ci-dessus n'auraient pas, dans ce cadre, été mises à la disposition du public, la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'auraient été méconnues les exigences tenant à ce que le public soit informé du projet et mis à même de participer au processus décisionnel à un stade précoce de la procédure ».

¹¹⁴⁴ CE, 1^{er} mars 2013, n° 340859 et 353009, CRILAN et autres ; Association Sortir du nucléaire Cornouaille et autre. Voir aussi CE, 19 juillet 2017, n° 400424, Association France nature environnement : s'agissant de la directive recodifiée en 2011 et de l'absence d'exigence d'une procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme.

avec le public, contrairement à l'esprit même des directives qui pourtant semblaient s'inscrire dans le cadre de la Convention d'Aarhus.

b) *L'ajout de procédures précoces de concertation avec le public en droit interne*

173. Il faut relever que l'exigence d'une participation précoce n'est pas reprise par les normes internes régissant le cadre général de la participation du public en matière environnementale, puisqu'elle n'apparaît ni à l'article 7 de la Charte de l'environnement, ni à l'article L. 110-1 du code de l'environnement. Cela ne signifie heureusement pas qu'il soit hermétique à cet aspect. Divers instruments de participation précoce ont en effet été mis en place, souvent avant même la Convention d'Aarhus. Il faut d'abord citer l'outil de *soft law* que constitue la « Charte de la concertation » du Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement élaborée en 1996. Il s'agit d'un code de bonne conduite adressé à tous les porteurs de projets touchant à l'urbanisme, à l'aménagement du territoire, à l'équipement des collectivités, à la préservation de l'environnement et qui souhaitent promouvoir et améliorer la participation citoyenne de façon délibérée, y compris lorsque celle-ci est déjà prescrite par des dispositions législatives et réglementaires. Depuis 2016, ce dispositif a été remplacé par une nouvelle « Charte de la participation du public, pour améliorer l'efficacité et la citoyenneté des décisions ayant un impact sur le cadre de vie » adoptée par le ministère de la transition écologique et solidaire et dont l'esprit reste identique. L'adhésion à la charte vaut mise en œuvre des valeurs et principes qu'elle contient. Parmi ces valeurs et principes, la Charte de la concertation fixait l'exigence d'une participation précoce dans son article 1^{er} intitulé « *la concertation commence à l'amont du projet* », c'est-à-dire « *lorsqu'un projet est envisagé* ». Au sein de la charte de la participation du public de 2016, cette exigence est également formalisée dans un article 1^{er} énonçant notamment que « *la participation du public intervient suffisamment en amont et tout au long de l'élaboration d'un projet* ». Il faut aussi et surtout constater que de véritables outils juridiques de *hard law* ont été spécialement organisés à cet effet. Le législateur français a devancé la reconnaissance par les sources supra-nationales d'une exigence de participation précoce avant l'arrêt d'un projet, plan ou programme et avant la phase de consultation du public. En effet, depuis 1985, il a progressivement institué trois procédures de concertation avec le public : la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme (i) et les procédures de débat public (ii) et de concertation préalable régies par le code de l'environnement (iii). En

vertu de l'article L. 121-1 A du code de l'environnement, créé par l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016, ces procédures de participation du public ont lieu de façon « *préalable au dépôt de la demande d'autorisation d'un projet tel que défini à l'article L. 122-1, ou pendant la phase d'élaboration d'un plan ou d'un programme tel que défini à l'article L. 122-4, jusqu'à l'ouverture de l'enquête publique ou toute autre forme de participation du public* ».

i) *La concertation régie par le code de l'urbanisme*

174. L'apparition d'une concertation associant « *pendant toute la durée de l'élaboration du projet, les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées* »¹¹⁴⁵, initialement codifiée à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, et aujourd'hui à l'article L. 103-2 du même code¹¹⁴⁶, est issue de l'article 1^{er} de la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement¹¹⁴⁷. L'institution de cette procédure vise à associer le public plus en amont dans le processus décisionnel, lorsque toutes les options sont encore envisageables, afin de débattre des objectifs poursuivis par un projet, plan ou programme. Le recours à la phase de concertation, au caractère précoce et temporellement plus pertinente, n'a cependant pas vocation à remplacer la procédure ultérieure de consultation du public. Organisée en amont de l'arrêt du projet ou du dépôt de la demande d'autorisation, la concertation se surajoute à la procédure de consultation avec le public, qui a lieu en aval, de sorte que le public soit invité à participer « *pendant toute la durée de l'élaboration du projet* ». Historiquement, une hypothèse faisait exception à la complémentarité dans les procédures de concertation et de consultation, il s'agissait des décisions de création de zones d'aménagement concerté. En l'absence d'enquête publique pour cette catégorie d'aménagement, au regard de son caractère non exhaustif et précisé progressivement au cours des opérations d'aménagements, la phase de concertation constituait le seul cadre permettant

¹¹⁴⁵ L'article 57 de la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social (*JO*, 31 décembre 1988, p. 16741), avait ajouté l'expression « *dont les représentants de la profession agricole* ». Cette précision a été supprimée par l'article 6 de l'ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012, portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme (*JO*, 6 janvier 2012, p. 246).

¹¹⁴⁶ Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015, relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme, *JO*, 24 septembre 2015, p. 16803. Cette recodification permet d'insérer la concertation au sein d'un nouveau chapitre intitulé « *Participation du public* ».

¹¹⁴⁷ Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement, *JO*, 19 juillet 1985, p. 8152.

au public de participer à son élaboration. Cette hypothèse a disparu depuis l'ordonnance du 3 août 2016, puisque le dossier de création d'une ZAC est désormais soumis par principe à la procédure de participation du public par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement. Une telle situation paradoxale est réapparue depuis 2013 avec l'ajout des projets de renouvellement urbains qui, à défaut d'entrer dans une catégorie juridique plus précise, ne sont pas soumis à une procédure ultérieure de consultation du public.

L'apport de cette procédure de concertation avec le public doit être relativisé au regard de son champ d'application limité à quelques projets, plans et programmes. S'il n'a pas été substantiellement modifié, ce champ d'application s'est tout de même approfondi au fil du temps. Jusqu'à récemment, le domaine de la concertation visait l'élaboration ou la révision des schémas de cohérence territoriale ou des plans locaux d'urbanisme¹¹⁴⁸, la création des zones d'aménagement concertées et les projets et opérations d'aménagement ou de construction ayant pour effet de modifier de façon substantielle le cadre de vie, ou l'activité économique, dont la liste, arrêtée par décret en Conseil d'État, est fixée à l'article R. 103-1 du code de l'urbanisme¹¹⁴⁹. Depuis la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové¹¹⁵⁰, un lien avec la matière environnementale a été expressément formalisé, puisque parmi les projets et opérations d'aménagement ou de construction soumis à la procédure en vertu d'une liste arrêtée par décret en Conseil d'État, sont désormais visés « *notamment ceux susceptibles d'affecter l'environnement, au sens de l'article L. 122-1 du code de l'environnement* ». Cette référence à l'article L. 122-1 du code de l'environnement invite à lier le champ de la concertation avec celui de l'étude d'impact, à l'instar de ce qu'il s'est produit dans le cadre de l'enquête publique. Toutefois, cette précision n'a pas produit d'effet juridique, car la liste des opérations visées aujourd'hui à l'article R. 103-1 du code de l'urbanisme n'a pas été amendée depuis lors¹¹⁵¹. Parallèlement, plusieurs dispositions législatives ont étendu le champ d'application de cette procédure de concertation préalable. Depuis 2003, l'article L. 515-22 du code de l'environnement renvoie à cette procédure pour l'élaboration des plans de

¹¹⁴⁸ En 1985, il visait « *toute modification ou révision du plan d'occupation des sols qui ouvre à l'urbanisation tout ou partie d'une zone d'urbanisation future* ». La loi SRU du 13 décembre 2000 (*JO*, n° 289, 14 décembre 2000, p. 19777, texte n° 2) a supprimé cette obligation procédurale lors d'une modification d'un plan local d'urbanisme ou d'un schéma de cohérence territoriale.

¹¹⁴⁹ Au titre de l'article R. 103-3 du code de l'urbanisme, « *ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 103-2 les travaux d'entretien et de grosses réparations quels que soient les ouvrages et aménagements auxquels ils se rapportent. Il en va de même des travaux et aménagements mentionnés à l'article R. 123-44 du code de l'environnement* ».

¹¹⁵⁰ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO*, 26 mars 2014, p. 5809.

¹¹⁵¹ La dernière modification remonte à un décret n° 2013-142 du 14 février 2013 pris antérieurement pour l'application de l'ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012 portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme, *JO*, 16 février 2013, p. 2660 (article 10).

prévention des risques technologiques¹¹⁵². Il en va de même pour l'élaboration du projet de contrat de revitalisation artisanale et commerciale dans le cadre d'un dispositif expérimental mis en place pour cinq ans par l'article 19 de loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat au commerce et aux très petites entreprises¹¹⁵³. La loi n° 2014-173 du 21 février 2014, de programmation pour la ville et la cohésion urbaine¹¹⁵⁴ a ajouté à la liste de l'article L. 103-2 les projets de renouvellement urbain, sans précision sur les modalités d'ingénierie technique d'un tel projet¹¹⁵⁵. Enfin, la loi ALUR du 24 mars 2014 a ajouté à ce domaine obligatoire de la concertation des hypothèses où elle peut être organisée sur la base d'un choix volontaire de l'administration locale compétente pour statuer sur la demande, au cas par cas ou sur la base d'une délibération cadre¹¹⁵⁶. Ainsi, le nouvel article L. 300-2 alinéa 1^{er} du code de l'urbanisme¹¹⁵⁷ dispose que « *les projets de travaux ou d'aménagements soumis à permis de construire ou à permis d'aménager, autres que ceux [dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État] mentionnés au 3° de l'article L. 103-2, situés sur un territoire couvert par un schéma de cohérence territoriale, par un plan local d'urbanisme ou par un document d'urbanisme en tenant lieu ou par une carte communale peuvent faire l'objet de la concertation prévue à*

¹¹⁵² Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, *JO*, n° 175, 31 juillet 2003, p. 13021, texte n° 4. Article L. 515-22 du code de l'environnement : « Le préfet définit les modalités de la concertation relative à l'élaboration du projet de plan de prévention des risques technologiques dans les conditions prévues au chapitre III du titre préliminaire du livre Ier du code de l'urbanisme ».

¹¹⁵³ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JO*, n° 0140, 19 juin 2014, p. 10105, texte n° 1.

¹¹⁵⁴ Loi n° 2014-173 du 21 février 2014, de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, *JO*, 22 février 2014, p. 3138 (art. 4). Cette extension permet de mettre en cohérence le champ de la concertation. Avec l'élaboration des zones d'aménagement concertée, l'ensemble des opérations d'extension et de renouvellement urbain ont vocation à être soumis à l'exigence. En cette matière, la concertation durant toute l'élaboration du projet trouve son sens compte tenu de la durée particulièrement longue de mise en œuvre de tels projets.

¹¹⁵⁵ Cette procédure de concertation s'organise parallèlement à l'obligation pesant déjà sur le bailleur d'organiser une concertation avec les représentants des locataires avant toute opération d'amélioration ayant une incidence sur les loyers ou les charges locatives, ou de construction-démolition, prévue par la loi du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière. De plus, cette concertation devra s'articuler, sans que la loi indique de quelle manière, avec le mécanisme prévu par l'article 9-1, III, de la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, modifiée par la loi du 21 février 2014, aux termes duquel « *les habitants ainsi que des représentants des associations et des acteurs économiques sont associés à la définition, à la mise en œuvre et à l'évaluation des projets de renouvellement urbain, selon les modalités prévues dans les contrats de ville. Chaque projet de renouvellement urbain prévoit la mise en place d'une maison du projet permettant la coconstruction du projet dans ce cadre* ».

¹¹⁵⁶ Article L. 300-1 alinéa 6 du code de l'urbanisme : « *L'autorité mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 103-3 peut prendre une décision ou une délibération définissant, parmi les projets de travaux ou d'aménagements mentionnés au présent article, ceux qui, compte tenu de leur importance, de leur impact potentiel sur l'aménagement de la commune ou de la sensibilité du lieu où ils seront implantés, sont soumis à cette concertation* ».

¹¹⁵⁷ Le démembrement opéré par l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 n'a pas de réelle raison d'être. Il aurait été préférable de transférer l'intégralité des dispositions relatives à la participation du public au sein d'un même chapitre.

l'article L. 103-2 (...) à l'initiative de l'autorité compétente pour statuer sur la demande de permis ou, avec l'accord de celle-ci, à l'initiative du maître d'ouvrage ». Afin de garantir son caractère précoce, « *celle-ci est réalisée préalablement au dépôt de la demande de permis* ». En outre, pour éviter de trop alourdir la procédure d'autorisation pesant sur le responsable du projet, l'organisation de cette procédure emporte, lorsque le projet doit être soumis à étude d'impact, substitution automatique de l'enquête publique par la participation du public par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement¹¹⁵⁸, au régime plus souple.

À l'instar de cette dernière, la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme est caractérisée par son caractère moins formel que l'enquête publique, puisqu'elle n'est pas organisée sous l'égide d'un tiers garant comme le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête. La concertation se limite juridiquement à une procédure de participation devant le responsable du projet et, éventuellement, l'autorité chargée de l'autoriser. C'est à cette limite qu'a répondu le législateur en développant un nouvel instrument de participation précoce au régime plus ambitieux : le débat public.

ii) *Le débat public*

175. La mise en place de la procédure du débat public a visé à répondre à des mouvements de contestation locale de grands projets d'aménagement public, où le besoin d'organiser un débat approfondi préalablement à l'enquête publique s'est fait sentir. Comme pour la procédure de concertation requise en vertu du code de l'urbanisme, la mise en place en droit interne de la procédure précoce de débat public a précédé la formalisation de ce champ d'application *ratione materiae*. Pour le comprendre, il faut revenir sur les étapes ayant conduit à la formalisation juridique du débat public. C'est d'abord dans le cadre de la circulaire Bianco du 15 décembre 1992 relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures¹¹⁵⁹ qu'un débat préalable a d'abord été exigé pour des projets portés par l'État en matière de transports¹¹⁶⁰. Ce débat devait alors être organisé « *sur les grandes fonctions de l'infrastructure envisagée (...)*

¹¹⁵⁸ Article L. 300-2 alinéas 4 et 5 du code de l'urbanisme.

¹¹⁵⁹ Circulaire du 15 décembre 1992 relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures, *JO*, 26 février 1993, p. 3039.

¹¹⁶⁰ La circulaire vise essentiellement certaines lignes ferroviaires à grande vitesse et certaines autoroutes. Elle évoque également les voies routières et voies navigables à grand gabarit.

dès la conception du projet et en tout cas en amont des études de tracé ». Il visait à permettre « aux élus, aux forces sociales, économiques, associatives, à chaque citoyen de s'informer et de débattre des enjeux économiques, sociaux, environnementaux du projet » avant la définition des « grandes orientations » du projet. L'apport résidait surtout dans l'institution, auprès du préfet coordinateur, d'une commission de suivi, chargée d'assurer la transparence du débat. Cette première concrétisation d'un débat public va rapidement voir son domaine systématisé à partir de l'intervention de la loi Barnier du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement¹¹⁶¹, qui crée officiellement la procédure de « débat public », organisée sous l'égide de la Commission nationale du débat public, en tant qu'instrument de mise en œuvre du principe de participation aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. Ce débat doit permettre « de débattre de l'opportunité, des objectifs et des caractéristiques principales du projet ou des objectifs et principales orientations du plan ou programme, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ainsi que de leurs impacts significatifs sur l'environnement et l'aménagement du territoire »¹¹⁶². Le régime juridique du débat public a été fortement rénové depuis l'intervention de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité¹¹⁶³, avant la dernière réforme apportée par l'ordonnance du 3 août 2016¹¹⁶⁴ et son décret d'application du 25 avril 2017¹¹⁶⁵.

Le choix de créer une nouvelle procédure parallèle se justifie par une faiblesse propre à la procédure de concertation, qui aurait pu être l'instrument de cette participation précoce. Si les procédures de concertation et de débat public partagent le même intérêt de permettre une participation préalable à l'enquête publique, ou à une procédure de consultation du public, lorsque toutes les options sont encore envisageables et officiellement durant toute l'élaboration du projet, la procédure de concertation ne présente cependant pas toutes les garanties nécessaires au bon déroulement de la participation. En effet, la concertation requise au titre du code de l'urbanisme reste organisée par le seul décideur, alors que le débat public est organisé

¹¹⁶¹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *op. cit.* (article 2). Dispositions codifiées aux articles L. 121-1 et s. du code de l'environnement par l'ordonnance du 18 septembre 2000, *JO*, 21 septembre 2000, p. 14792.

¹¹⁶² Article L. 121-1 du code de l'environnement.

¹¹⁶³ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808 (article 134).

¹¹⁶⁴ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0181, 5 août 2016, texte n° 14.

¹¹⁶⁵ Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 relatif aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes, *JO*, n° 0099, 27 avril 2017, texte n° 6.

directement par un tiers garant, chargé du bon déroulement de la participation du public : la Commission nationale du débat public. En outre, alors que la concertation peut se dérouler juridiquement durant une période assez courte, le débat public a vocation à prolonger sur plusieurs semaines. Logiquement, la procédure de débat public, plus perfectionnée, se substitue à la concertation prévue par le code de l'urbanisme lorsque les champs d'application de ces deux législations se croisent¹¹⁶⁶.

176. Le domaine d'application du débat public s'est étendu avec les réformes successives. Il était initialement limité à des projets issus de l'initiative publique, puisque seuls étaient visés les « *grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des sociétés d'économie mixte* ». La loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité a d'abord étendu cet instrument participatif aux projets portés par l'initiative privée. Le domaine vise désormais les « *projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées* »¹¹⁶⁷. Comme pour la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme, aucun lien n'est opéré entre le champ du débat public et celui de l'étude d'impact. La liste des projets concernés, « *dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* », est déterminée dans le cadre d'un décret en Conseil d'État¹¹⁶⁸. Sont ainsi visés des projets en matière de transports (autoroutes, routes express, 2x2 voies à chaussées séparées, lignes ferroviaires, voies navigables ou mise à grand gabarit de canaux existants, infrastructures portuaires et de pistes d'aérodromes), d'énergie (lignes électriques, canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbure ou de produit chimique, installations nucléaires de base, barrages hydroélectrique) de gestion de la ressource en eau (barrage-réservoirs, transferts d'eau de bassin fluvial), d'équipements industriels, et d'équipement culturels, sportifs, scientifiques ou touristiques. Cette typologie de projets n'a pas véritablement évolué avec le temps en dehors des seuils de saisine de la Commission nationale du débat public. Avant 2002, dans le cadre du

¹¹⁶⁶ Article L. 121-8 du code de l'environnement.

¹¹⁶⁷ Article L. 121-1 du code de l'environnement.

¹¹⁶⁸ Décret n° 96-388 du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 11 mai 1996 p. 7090. Décret abrogé par le décret n° 2002-1275 du 22 octobre 2002 relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public, *JO*, 23 octobre 2002, p. 17545. Désormais, les projets sont codifiés aux articles R. 121-1 et R. 121-2 du code de l'environnement depuis le décret n° 2005-935 du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire du code de l'environnement, *JO*, 5 août 2005, p. 12842.

décret n° 96-388 du 10 mai 1996¹¹⁶⁹, la saisine de cette autorité administrative indépendante restait toujours facultative. Depuis l'intervention de la loi relative à la démocratie de proximité du 27 février 2002, on opère une distinction entre saisine obligatoire¹¹⁷⁰ et saisine facultative¹¹⁷¹, ce qui élargit substantiellement le champ potentiel de la procédure. En effet, les seuils de saisine facultative de la Commission visent désormais les projets dont les caractéristiques requises représentent la moitié des seuils exigés au titre de la saisine obligatoire. Ce champ potentiel est d'autant plus important que les titulaires du droit de saisir la Commission sont variés¹¹⁷².

S'agissant des plans et programmes de niveau national pouvant avoir une incidence sur l'environnement, il n'était jusqu'à récemment pas prévu de dispositif de saisine de la Commission nationale du débat public autre que celui permettant au ministre de l'environnement, conjointement avec le ministre intéressé, de la saisir facultativement afin d'organiser un débat public sur les « *options générales d'intérêt national en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement* »¹¹⁷³. L'ancienne mouture de l'article L. 121-10 du code de l'environnement disposait que les plans et programmes concernés étaient précisés par décret en Conseil d'État. Il a fallu attendre la réforme issue de l'ordonnance du 3 août 2016, pour que la Commission nationale du débat public soit saisie d'office des plans et programmes de niveau national faisant l'objet d'une évaluation environnementale en application de l'article L. 122-4, ainsi que le décret n° 2017-626 du 25 avril 2017, pour obtenir la liste des plans et programmes concernés, qui n'était pourtant pas exigée au regard du nouveau principe de liaison avec le champ de l'évaluation environnementale. L'article R. 121-1-1 du code de l'environnement inclut le schéma décennal de développement du réseau, la programmation pluriannuelle de l'énergie, la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse,

¹¹⁶⁹ Décret n° 96-388 du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *op. cit.*

¹¹⁷⁰ Articles L. 121-8 et R. 121-2 du code de l'environnement.

¹¹⁷¹ Articles L. 121-8 II et R. 121-2 du code de l'environnement.

¹¹⁷² Article L. 121-8 II alinéa 2 du code de l'environnement : « *Pour ces projets, la commission peut être saisie par : 1° Dix mille ressortissants majeurs de l'Union européenne résidant en France ; 2° Dix parlementaires ; 3° Un conseil régional, un conseil départemental, un conseil municipal ou un établissement public de coopération intercommunale ayant une compétence en matière d'aménagement de l'espace, territorialement intéressés ; 4° Une association agréée au niveau national en application de l'article L. 141-1* ». Il faut ici relever que le citoyen *lambda* n'est pas habilité à saisir la Commission nationale du débat public. Au sein de la société civile, seules les associations agréées exerçant leur activité sur l'ensemble du territoire national le peuvent.

¹¹⁷³ L'ancienne mouture de l'article L. 121-10 du code de l'environnement disposait que « *Les options générales portent notamment sur des politiques, plans et programmes susceptibles d'avoir une incidence importante en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement du territoire. Les plans et programmes concernés sont précisés par décret en Conseil d'État* ».

le document stratégique de façade, les orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, le plan national de prévention des déchets, le plan national de prévention et de gestion de certaines catégories de déchets, le plan national de gestion des matières et déchets radioactifs, le programme d'actions national pour la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole, le programme national de la forêt et du bois, le schéma national des infrastructures de transport. En outre, *« pour tout nouveau plan ou programme de niveau national créé après le 1er janvier 2017 et qui n'est pas mentionné dans la liste ci-dessus, la Commission nationale du débat public est saisie (...), sauf dispositions contraires, dès lors que ce plan ou programme s'applique dans au moins trois régions »*. Un dispositif de débat public dérogatoire a été institué pour le schéma d'ensemble du réseau de transport public du Grand Paris en vertu de l'article 3 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris¹¹⁷⁴.

Enfin, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, l'article L. 121-10 du code de l'environnement prévoit que la Commission nationale du débat public peut être saisie en vue de l'organisation d'un débat public national sur un projet de réforme relatif à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, par le Gouvernement, par soixante députés ou soixante sénateurs, ou cinq cent mille ressortissants majeurs de l'Union européenne résidants en France. En vertu de l'article R. 121-6-2, *« sont considérées comme un projet de réforme au sens de l'article L. 121-10 l'évolution substantielle d'une politique publique ou des nouvelles options générales ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, qui se matérialisent par un document émanant d'une autorité publique ou rédigé à sa demande préalablement, le cas échéant, à une décision du Gouvernement ou une proposition de loi »*.

Restent exclus les projets, plans et programmes soumis à des règles de protection du secret de la défense nationale¹¹⁷⁵.

177. La Commission nationale du débat public n'est jamais tenue d'organiser une procédure dite de « débat public », qui reste une procédure relativement lourde pour les porteurs de projets, plans ou programmes, notamment parce qu'elle doit se dérouler sur une période longue¹¹⁷⁶. La

¹¹⁷⁴ Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JO*, n°0128, 5 juin 2010, p. 10339 (texte n° 1).

¹¹⁷⁵ Article R. 121-29 du code de l'environnement.

¹¹⁷⁶ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

Commission dispose du pouvoir de décider si le débat public doit être organisé « *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* »¹¹⁷⁷. À l'origine, le choix se limitait pour la Commission à un choix simple : soit elle organisait le débat public, soit elle n'organisait aucune modalité de participation précoce du public¹¹⁷⁸. Ainsi, de 1996 à 2002, seuls sept débats publics ont été organisés ; huit autres saisines n'ont pas débouché sur l'organisation d'un débat public. La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a complexifié cette simple alternative¹¹⁷⁹, en organisant notamment la faculté pour la Commission d'imposer un troisième choix, à savoir la mise en place d'une procédure dite de « concertation préalable », désormais encadrée par les dispositions des articles L. 121-15-1 et suivants du code de l'environnement depuis l'ordonnance du 3 août 2016¹¹⁸⁰. Ainsi, sur 146 saisines recensées entre 2002 et 2012, 35 d'entre-elles sont restées sans suite, 71 débats publics ont été réalisés¹¹⁸¹ et 40 concertations ont été recommandées. Le choix est cependant plus limité pour les projets de réforme relatifs à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, ne pouvant être soumis qu'à un débat public, et les projets d'infrastructure linéaire énergétique, nécessairement soumis à une concertation préalable¹¹⁸².

iii) *La concertation préalable régie par le code de l'environnement*

178. Depuis la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, le code de l'environnement institue une dernière forme de concertation préalable. Initialement, cette procédure restait facultative, puisqu'elle était appliquée sur recommandation de la Commission nationale du débat public lorsqu'elle estimait qu'un débat public n'était pas nécessaire. La loi

¹¹⁷⁷ Article L. 121-9 du code de l'environnement.

¹¹⁷⁸ Article 4 et annexe du décret n° 96-388 du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 11 mai 1996 p. 7090.

¹¹⁷⁹ Article L. 121-9 du code de l'environnement.

¹¹⁸⁰ Entre dans ce cadre, la disposition inscrite à l'article L. 121-9 1° alinéa 4 selon laquelle « *lorsqu'un projet a fait l'objet d'un débat public lors de l'élaboration d'un plan ou d'un programme approuvé depuis moins de cinq ans et définissant le cadre dans lequel le projet pourrait être autorisé et mis en œuvre, ce dernier est dispensé de débat public ou de concertation préalable. La commission peut cependant décider, si elle l'estime nécessaire, d'organiser un tel débat ou une telle concertation et motive sa décision* ».

¹¹⁸¹ COMMISSION NATIONALE DU DÉBAT PUBLIC, *CNDP 2002-2012. La pratique du débat public. Evolution et moyens de la commission nationale*, Décembre 2012.

¹¹⁸² Articles L. 121-10 et R. 121-10 du code de l'environnement.

du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹¹⁸³ a prévu qu'une telle procédure de concertation préalable à la phase d'enquête publique pouvait être également organisée sur la base d'un choix volontaire de la personne responsable d'un projet, plan ou programme, éventuellement à la demande de l'autorité compétente pour prendre la décision¹¹⁸⁴. Pour ces procédures, le code de l'environnement restait peu loquace quant à leurs modalités d'organisation. À l'instar du régime de la concertation régie par le code de l'urbanisme, il revenait au responsable du projet le soin de déterminer l'objet, les modalités, le déroulement et le calendrier de la concertation, sous le contrôle du juge administratif.

179. La souplesse de cette procédure de concertation a été remise en cause avec l'intervention de l'ordonnance du 3 août 2016 qui, répondant à la proposition de la Commission Richard de 2015¹¹⁸⁵, a profondément restructuré le cadre juridique de la concertation préalable, en précisant ses modalités d'application, notamment en prévoyant des hypothèses où un tiers garant doit être présent¹¹⁸⁶, et en élargissant les cas dans lesquels une telle procédure peut être requise préalablement à l'arrêt du projet.

Cette procédure a désormais nécessairement lieu à l'initiative de la Commission nationale du débat public¹¹⁸⁷, lorsqu'elle estime qu'un débat public n'est pas nécessaire¹¹⁸⁸. Elle peut également être organisée à l'initiative du responsable du projet, plan ou programme, et aussi désormais de l'autorité compétente pour autoriser le projet ou enfin du préfet après exercice d'un droit d'initiative. Ce dernier est ouvert pour tous les plans et programmes soumis à évaluation environnementale et pour certains projets soumis à étude d'impact en fonction de critères financiers¹¹⁸⁹. Il peut être exercé par « 1° Un nombre de ressortissants majeurs de

¹¹⁸³ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905 (article 246).

¹¹⁸⁴ Ancienne mouture de l'article L. 121-16 du code de l'environnement.

¹¹⁸⁵ A. RICHARD, *Démocratie environnementale : débattre et décider*, Rapport de la commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, 2015.

¹¹⁸⁶ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹¹⁸⁷ Ce choix s'impose pour les infrastructures énergétiques linéaires.

¹¹⁸⁸ Il faut ici rappeler que la Commission nationale du débat public peut, en vertu de l'article L. 121-9 du code de l'environnement décider qu'il n'y aura ni débat ni concertation préalable. Or, il est aussi précisé à l'article L. 121-8 du code de l'environnement que, dans l'hypothèse d'une saisie facultative, le responsable du projet doit préciser les modalités de concertation qu'il s'engage à mener dans l'hypothèse où la Commission ne serait pas saisie ; concertation devant respecter les conditions définies aux articles L. 121-16 et L. 121-16-1. Une phase concertation s'impose alors nécessairement.

¹¹⁸⁹ Articles L. 121-17-1 et R. 121-25 du code de l'environnement. En vertu de ce dernier article, « est soumis à déclaration d'intention (...) tout projet mentionné au 1° de l'article L. 121-17-1 et réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique dont le montant des dépenses prévisionnelles est supérieur à dix millions d'euros hors taxe ; tout projet

l'Union européenne résidant dans le périmètre de la déclaration d'intention égal à 20 % de la population recensée dans les communes du même périmètre, ou à 10 % de la population recensée dans le ou les départements, dans la ou les régions où se trouve tout ou partie du territoire mentionné dans la déclaration d'intention ; 2° Un conseil régional, départemental ou municipal ou l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale dont le territoire est compris en tout ou partie dans celui défini dans la déclaration d'intention ; 3° Une association agréée au niveau national en application de l'article L. 141-1, ou deux associations ou une fédération d'associations agréée (s) au titre de l'article L. 141-1 dans le cadre de la région ou du département dont le territoire est compris en tout ou partie dans celui défini dans la déclaration d'intention »¹¹⁹⁰. Toutefois l'impact de ce droit d'initiative reste limité car il revient au préfet de décider librement de l'opportunité d'organiser ou non la concertation.

S'agissant de son domaine, cette procédure de concertation préalable peut être organisée pour tous les projets, plans et programmes soumis à étude d'impact ou évaluation environnementale en vertu du code de l'environnement. Sont toutefois exclus certains plans et programmes soumis à procédure particulière : les projets et les documents d'urbanisme soumis à concertation obligatoire au titre de l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme, les plans de prévention des risques technologiques, les plans de gestion des risques inondations, les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, les plans d'action pour le milieu marin, et le schéma d'ensemble du réseau de transport public du Grand Paris¹¹⁹¹. Restent exclus les projets, plans et programmes soumis à des règles de protection du secret de la défense nationale¹¹⁹².

Malgré ce large champ d'application, couplé avec ceux du débat public et de la concertation régie par le code de l'urbanisme, il ressort que l'ensemble des décisions ayant une incidence directe et significative n'ont pas nécessairement à être soumises à de telles procédures de participation précoce. Si elles visent à compenser le caractère tardif des procédures de consultation du public, l'état actuel du droit n'impose pas leur mise en place systématique pour respecter les exigences du principe de participation du public.

mentionné au 1° de l'article L. 121-17-1 dont le montant total des subventions publiques à l'investissement accordées sous forme d'aide financière nette est supérieur à dix millions d'euros hors taxe ».

¹¹⁹⁰ Article L. 121-19 du code de l'environnement.

¹¹⁹¹ Article L. 121-15-1 alinéa 2 du code de l'environnement.

¹¹⁹² Article R. 121-29 du code de l'environnement.

180. La « *superposition* » des procédures de participation du public en matière environnementale crée un « *sentiment d'extrême complexité* »¹¹⁹³ qui n'est pas favorable à la lisibilité du droit par l'ensemble des acteurs concernés par leur mise en œuvre. Il faut espérer que le droit de l'environnement prenne un virage dans le sens de la simplification des dispositifs participatifs, afin de les rendre plus compréhensible sans pour autant remettre en cause les progrès qui sont apparus progressivement. Cette tâche nécessite encore des efforts. Fort heureusement, ce phénomène ne caractérise pas (encore) les procédures de consultation ouverte instituées en dehors de la matière environnementale.

§ 2 – L'émergence des procédures de consultation ouverte en dehors de la matière environnementale

181. Jusqu'à la fin des années 2000, le champ d'application des procédures de participation du public était essentiellement limité au domaine de l'environnement, de l'aménagement, de l'urbanisme et du cadre de vie. Tout au plus, des procédures d'enquêtes publiques étaient simplement requises dans les domaines de la délimitation du territoire communal¹¹⁹⁴ et de la propriété des personnes publiques¹¹⁹⁵. Ces enquêtes publiques sont aujourd'hui régies par les articles L. 134-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration. L'apport concret de cette troisième forme d'enquête est très réduit, puisque les dispositions réglementaires qui l'organisent sont calquées sur celles l'enquête publique régie par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Sa raison d'être réside dans sa présence au sein d'un code compilant diverses procédures de participation du citoyen. Hormis cette hypothèse, pouvait se poser la question soulevée par Y. Jégouzo. « *Pourquoi enfermer la participation du public dans le seul domaine de l'environnement ou de l'aménagement ? Historiquement, ceci s'explique : la participation du public aux décisions publiques est particulièrement nécessaire dans un domaine tel que le développement durable où les effets sur l'environnement humain, sur la santé, etc., sont particulièrement lourds. Mais, pourquoi ne pas étendre les exigences*

¹¹⁹³ F. JAMAY, « Principe de participation - Requiem pour la simplification des procédures d'information et de participation », commentaire du décret de 2017, *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juillet 2017, comm. 42.

¹¹⁹⁴ Article L. 2112-2 du code général des collectivités territoriales.

¹¹⁹⁵ Par exemple, le déclassement du domaine public fluvial (article R. 1311-8 du code général des collectivités territoriales) et la redistribution de la voirie au sein d'une communauté urbaine (article L. 5215-31 du code général des collectivités territoriales).

d'information ou de participation du public à d'autres domaines tels que l'organisation des services publics, la fermeture de classes, d'hôpitaux, etc. À priori, on ne décèle aucun argument de principe qui puisse l'exclure »¹¹⁹⁶. Cette limitation pouvait tout de même s'expliquer pour deux raisons : la présence d'acteurs à même d'assurer la représentation des parties prenantes et la lourdeur des procédures de concertation et de consultation du public. Mais, deux phénomènes vont permettre l'émergence de nouvelles procédures de participation du public. En premier lieu, l'essor de l'outil Internet a permis, à partir du milieu des années 2000, à l'administration et au législateur de développer des procédures de consultation ouverte (A). En second lieu, la création en 2015 de la « *lex generalis* »¹¹⁹⁷ des relations entre les administrés et l'administration a été l'occasion d'encadrer juridiquement les procédures d'association du public mises en place en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires (B).

A – Le développement des procédures de consultation ouverte sur Internet

182. Alors que plusieurs États étrangers connaissent depuis plus longtemps des procédures de nature contraignante (1), les procédures de consultation ouverte instituées en France à partir du milieu des années 2000 revêtent un caractère essentiellement facultatif (2).

1) Le développement de procédures contraignantes dans certains États étrangers

183. Sans entrer dans une analyse détaillée de droit comparé, il faut caractériser la situation de certaines États étrangers qui ont mis en place des instruments de participation ouverte bien avant la France.

Aux États-Unis, depuis 1946, l'« *Administrative Procedure Act* » oblige les administrations à prévenir les citoyens de son intention d'adopter une réglementation ou une politique publique, à recueillir leurs avis et à prendre en considération leurs suggestions. Cette

¹¹⁹⁶ Y. JÉGOUZO, « De la participation du public à la démocratie participative », *AJDA*, 2006, p. 2314.

¹¹⁹⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 46.

procédure, que le droit administratif américain appelle la procédure de « *notice and comment* », s'adresse tout aussi bien aux représentants de certains intérêts identifiés comme pouvant être spécialement affectés, qu'à toute personne qui souhaite exprimer ses commentaires et propositions. Dans certains cas, la procédure peut prendre la forme d'un « *hearing* » durant lequel chaque intérêt est invité à présenter ses observations orales devant un officier chargé d'instruire le processus décisionnel pour le compte de l'administration, à la manière d'un juge impartial. Pour reprendre les propos de J.-B. Auby, cette procédure « *s'organise selon des modalités variables. Un minimum tient au fait que, non seulement le secteur privé peut prendre l'initiative de normes ou projets, mais tout projet doit faire l'objet d'une procédure de "notice and comment" : c'est-à-dire qu'il doit être rendu public, de façon à ce que les personnes intéressées puissent réagir par des commentaires et propositions. Dans certaines hypothèses, les choses se passent différemment, selon des modalités que l'on qualifie de negotiated rulemaking, qui ont été fixées par une loi de 1990. Alors se met en place une procédure de négociation de la réglementation à fabriquer, entre l'agence – qui n'est qu'un discutant comme les autres – et les organisations concernées. L'objectif est de parvenir à un accord de toutes les parties sur la réglementation en cause. Enfin, il existe des cas – relevant de ce que l'on appelle formal rulemaking –, dans lesquels la procédure à suivre est un hearing, c'est-à-dire une sorte de procédure d'enquête et de débat public, dans laquelle les parties concernées peuvent présenter preuves et arguments* »¹¹⁹⁸. On le voit, en droit américain, l'association des intérêts par voie de processus de participation ouverte constitue la règle de principe.

Des formules similaires peuvent se retrouver dans d'autres systèmes. Au Royaume-Uni, la loi peut imposer une procédure analogue au « *notice and comment* » américain dans le cadre de la préparation d'une réglementation ou d'une politique publique. Cette situation se présente notamment en matière d'environnement, mais aussi dans le cadre du « *Regulatory Reform Act* » de 2001 imposant aux ministres de consulter les intérêts concernées par un règlement qui comporte un allègement des législations faisant peser de trop lourdes contraintes sur les activités qu'elle concerne¹¹⁹⁹. En Espagne, une telle procédure ne présente pas nécessairement un caractère ouvert à tout le public. En effet, une loi du 23 novembre 1997 pose le « *principe selon lequel l'élaboration des règlements gouvernementaux doit être précédée d'une*

¹¹⁹⁸ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, n° 4, Avril 2010, repère 4.

¹¹⁹⁹ *Idem*. Il cite l'article en question : « *Before a Minister makes an order..., he shall : a) consult such organizations as appear to him to be representative of interests substantially affected by his proposals, b) where his proposals relate to the functions of one or more statutory bodies, consult these bodies, or organizations which appear to him to be representative of those bodies,...e) consult such other persons as he considers appropriate* ».

consultation des citoyens dont les droits et les intérêts légitimes seront affectés par les dispositions en préparation, consultation qui sera opérée directement (procédure de l'informacion publica), ou par l'intermédiaire de groupements reconnus par la loi et dont les finalités sont en rapport avec l'objet du texte en préparation (procédure de l'audiencia) »¹²⁰⁰.

Le droit de l'Union européenne n'est pas en reste s'agissant de l'ouverture du processus décisionnel aux intérêts concernés. L'adoption des textes communautaires est généralement précédée de la publication d'un projet (livre vert, livre blanc..) sur lesquels les entités intéressées peuvent réagir. Le droit de l'Union européenne impose parfois cette exigence aux États membres. Ainsi, dans le cadre de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")¹²⁰¹, l'article 33 impose la consultation des parties intéressées en disposant que « *les États membres veillent, selon qu'il conviendra, à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent compte du point de vue des utilisateurs finals et des consommateurs (y compris, notamment, des utilisateurs handicapés), des fabricants, des entreprises qui fournissent des réseaux et/ou des services de communications électroniques sur toute question liée à tous les droits des utilisateurs finals et des consommateurs au regard des services de communications électroniques accessibles au public, en particulier lorsqu'ils ont une incidence importante sur le marché* ». Transposée en droit interne par la loi du 9 juillet 2004¹²⁰², cette exigence est reprise à l'article L. 32-1 V du code des postes et des communications électroniques, selon lequel « *lorsque (...) le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi* ». Il ne s'agissait pas là en 2004 pour le législateur français d'amorcer le mouvement de développement des nouvelles procédures de participation du public en dehors de la matière environnementale, mais simplement de remplir une obligation issue du droit de l'Union européenne.

¹²⁰⁰ *Idem.*

¹²⁰¹ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), *JOUE*, n° L 108 du 24/04/2002 p. 005-0077.

¹²⁰² Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *JO*, n° 159, 10 juillet 2004, p. 12483, texte n° 1.

2) Le développement de procédures essentiellement facultatives en droit français

184. Dans un premier temps, comme l'indique M. Le Clainche, « *l'insertion de l'outil Internet dans les pratiques de communication et d'action des collectivités [publiques] tend à se développer, en dehors de toute obligation textuelle. Sont ainsi créés des forums municipaux, des réseaux sociaux, des espaces publics numériques, des consultations publiques par Internet* »¹²⁰³. L'exemple le plus emblématique a été le Grenelle de l'environnement¹²⁰⁴ lancé en conseil des ministres le 9 juillet 2007. Outre les multiples dispositifs de consultation, de débat et de réunion, réunissant cinq catégories de représentants (ceux de l'État, des collectivités territoriales, des syndicats, des responsables professionnels et des associations environnementales) ainsi que des citoyens, un site Internet a été dédié à cette mobilisation pour s'ouvrir à tous les citoyens et a reçu 300 000 visiteurs et 14 000 contributions. Les résultats ont été salués : 1 000 propositions ont été hiérarchisées, de nombreux engagements et mesures ont été pris, spécialement au plan législatif. Depuis, de nombreux dispositifs se sont multipliés préalablement dans le cadre de processus de grandes réformes : Grenelle de la mer en 2009, États généraux de l'Outre-mer en 2009, États-généraux de l'industrie en 2009, États-généraux de la bioéthique en 2009 et 2018, Assises des ruralités en 2014, États-généraux de l'alimentation en 2017, Assises nationales de la mobilité en 2017, Conférence de consensus sur le logement entre 2017 et 2018. Ces formes de débat public se veulent ouvertes et s'adressent à tous les spécialistes, parties prenantes, intéressées et citoyens. Dans ce cadre, un décret du 8 juin 2010¹²⁰⁵, l'État a mis en place une direction de l'information légale et administrative (DILA) dont le rôle consiste, parmi ses diverses attributions, à organiser des débats en ligne. De son côté, la circulaire du Premier Ministre du 8 décembre 2008 invitait déjà les ministères à s'appuyer « *sur de nouvelles pratiques sociales et sur des nouvelles techniques de communication : forum de discussion, visioconférences, conférences techniques* ».

¹²⁰³ M. LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitution ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 39-48.

¹²⁰⁴ *Idem* : « *L'appellation, inattendue, renvoie à l'adresse du ministère du travail, 127 rue de Grenelle où furent négociés les 22 et 23 mai 1968 les "accords de Grenelle". Cette appellation visait à donner un signe positif aux associations écologistes montrant la disposition du gouvernement à obtenir des résultats, y compris au prix de négociations et de compromis* ».

¹²⁰⁵ Décret n° 2010-31 du 11 janvier 2010 relatif à la direction de l'information légale et administrative, JO, n°0009, 12 janvier 2010, texte n° 1.

185. Ce n'est que dans un second temps, que cette pratique de la consultation ouverte a été officialisée et institutionnalisée par le droit positif pour renouveler l'administration consultative. Durant l'année 2011, a été mis en place un véritable cadre juridique et un encadrement de cette pratique avec l'institutionnalisation d'une nouvelle procédure de consultation ouverte sur Internet dans le cadre de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹²⁰⁶, et son décret du 8 décembre 2011¹²⁰⁷, aujourd'hui codifiés aux articles L. 132-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration. Ce dispositif comprend trois volets.

La consultation ouverte sur Internet peut d'abord être juridiquement requise préalablement à l'adoption d'un acte réglementaire ayant un champ d'application national en application de dispositions particulières. En dehors de la matière environnementale, cette situation reste exceptionnelle. Entrent dans ce cadre les dispositions du code de la santé publique relatives à l'éthique. Depuis la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹²⁰⁸, l'article L. 1411-1 du même code affiche l'ambition selon laquelle « *la politique de santé comprend : (...) 11° L'information de la population et sa participation, directe ou par l'intermédiaire d'associations, aux débats publics sur les questions de santé et sur les risques sanitaires et aux processus d'élaboration et de mise en œuvre de la politique de santé* ». Cette annonce est concrétisée par l'organisation d'une consultation ouverte sur Internet lors de l'élaboration des projets de réforme relative à l'éthique. L'article L. 1412-1-1 précise ainsi que « *tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux. Ceux-ci sont organisés à l'initiative du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (...). En l'absence de projet de réforme, le comité est tenu d'organiser des états généraux de la bioéthique au moins une fois tous les cinq ans* ». Ces états généraux sont organisés à divers niveaux, aussi bien par le biais de réunions publiques que par le recours à la participation dématérialisée sur Internet¹²⁰⁹. Cette forme de participation par Internet n'est cependant pas

¹²⁰⁶ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO*, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1 (article 16).

¹²⁰⁷ Décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet, *JO*, n° 0285, 9 décembre 2011, p. 20869, texte n° 4.

¹²⁰⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO*, n° 0022, 27 janvier 2016, texte n° 1.

¹²⁰⁹ S'agissant des états généraux de 2018, voir <https://Étatsgenerauxdelabioethique.fr/pages/la-demarche>.

systématiquement requise pour l'élaboration de la stratégie nationale de santé définie par le Gouvernement. Certes, l'article L. 1411-1-1 du code de la santé précise que « *préalablement à son adoption ou à sa révision, le Gouvernement procède à une consultation publique sur les objectifs et les priorités du projet de stratégie nationale de santé* ». Mais, au terme de l'article R. 1411-3, cette consultation publique peut être tout aussi bien être « *effectuée par voie dématérialisée* », que se dérouler par l'organisation de « *débats publics sur certains thèmes du projet de stratégie nationale de santé. À cette fin, la Conférence nationale de la santé peut organiser des débats dans les régions, le cas échéant en concertation avec les conférences régionales de la santé et de l'autonomie, les conseils territoriaux de santé et les espaces régionaux ou interrégionaux de réflexion éthique* ». Ainsi, pour l'élaboration de cette stratégie nationale de santé, la consultation ouverte sur Internet reste facultative.

Il est ensuite prévu que cette procédure de consultation sur Internet peut, tout en restant d'usage facultatif, se substituer à la consultation obligatoire d'une ou plusieurs commissions consultatives préalables à l'édiction d'un acte réglementaire pris par toute administration. Ainsi, l'article L. 132-1 dispose que « *lorsque l'administration est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édiction d'un acte réglementaire, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site Internet, les observations des personnes concernées. 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, traduisent un pouvoir de proposition ou mettent en œuvre le principe de participation* ». S'agissant de cette dernière exception, se pose la question de la nature du « *principe de participation* » ici évoqué. Il n'existe pas de solution jurisprudentielle de nature à nous éclairer. Il est certain qu'il ne peut pas s'agir du principe de participation du public en matière environnementale qui, nous l'avons vu, ne s'opère justement pas par le mécanisme de l'organe collégial consultatif¹²¹⁰. Peut-être le législateur a-t-il voulu viser le principe de participation des travailleurs, ce qui induirait que cette procédure ne peut pas permettre de remplacer la consultation un organe collégial destiné à assurer la

¹²¹⁰ Voir *supra*, n° 156.

représentation des salariés. Hormis cette difficulté et hormis ces exceptions, ce dispositif apparaît comme un véritable outil au service de la simplification de l'action administrative en vue d'accélérer le processus décisionnel, comme le proposait le rapport « Warsmann » de 2009¹²¹¹. La consultation sur Internet est ici conçue comme une modalité alternative de suppression des instances consultatives jugées inutiles¹²¹², car sources de lourdeur et de ralentissement de l'action d'administrative. Cette consultation ouverte sur Internet permet aussi d'élargir le champ des interlocuteurs de l'administration qui, dans le cadre d'instances consultatives, sont nécessairement présents en effectifs restreints et issus d'un processus de sélection¹²¹³. L'administration consultative ne permet jamais d'associer toutes les parties prenantes et encore moins de recueillir le point de vue de toutes les personnes qui sont concernées ou se sentent concernées par un projet d'acte. Ainsi le recours à la consultation ouverte sur Internet favorise « *l'implication d'acteurs nouveaux : associations, groupes d'intérêts isolés, simples citoyens* »¹²¹⁴, ce qui permet d'améliorer la connaissance des différents intérêts affectés par l'acte.

Il est enfin prévu aux articles R. 132-9¹²¹⁵ et R. 132-10¹²¹⁶ du code des relations entre le public et l'administration qu'une administration de l'État peut décider librement de

¹²¹¹ J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La Documentation française, 2009.

¹²¹² Voir notamment M. LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitution ou substitut de la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 39-48 : « *Le discours dominant des pouvoirs publics à l'égard de l'administration consultative porte sur la pléthore d'instances et sur la nécessité d'alléger un dispositif réputé inutile. Le discours n'est pas nouveau. On connaît la parole attribuée à Georges Clemenceau : "Un problème, une commission, un rapport, un tiroir" ou le mépris du Général de Gaulle à l'égard des "comités Théodule". Pour la période récente, divers textes sont intervenus en ce sens. La loi du 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, l'a autorisé à simplifier par ordonnance la composition et le fonctionnement des commissions administratives et à en réduire le nombre. Une ordonnance du 1er juillet 2004 a effectivement supprimé certaines commissions et envisagé la création de commissions pivot. Avec les mesures décidées par une autre ordonnance du 30 juin 2005, 147 commissions d'administration centrales ont été supprimées. Deux décrets du 7 juin 2006 ont procédé à l'allègement, la fusion et la suppression de nombreuses commissions administratives déconcentrées : 52 commissions ont été fusionnées dans sept commissions pivots. 40 autres instances sont supprimées. Un décret du 8 juin 2006 a prévu un mécanisme radical d'abrogation automatique des textes réglementaires instituant des commissions consultatives, sauf confirmation expresse dans un délai de trois ans. Une circulaire du Premier Ministre en date du 8 décembre 2008 a rappelé ce dispositif et mis en garde les ministres. Toutefois le passage à l'acte est toujours difficile : un décret du 4 juin 2009 a prévu un mécanisme dérogatoire pour proroger par décret, pour une durée de cinq ans, certaines commissions. Une vingtaine de décrets, datés du 6 juin, ont immédiatement « sauvé » de nombreuses instances. Le conseil des ministres du 3 juin 2009 a cependant annoncé la suppression effective de 211 commissions sur les 545 existantes et créées par voie réglementaire. Une annexe au projet de loi de finances pour 2010, dénombre 719 instances après la suppression de 225 d'entre elles en cours d'année. Un communiqué du Conseil des ministres du 30 juin 2010 annonce une nouvelle suppression d'une vingtaine d'organismes* ».

¹²¹³ Voir *supra*, n° 95 et s.

¹²¹⁴ M. LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitution ou substitut de la démocratie administrative ? », *op. cit.*, p. 39-48.

¹²¹⁵ Article R. 132-9 du code des relations entre le public et l'administration : « *les consultations organisées sur un site internet sur des projets de loi font l'objet d'une publication sur le site mentionné à l'article R. 132-4* ».

¹²¹⁶ Article R. 132-10 du code des relations entre le public et l'administration : « *les administrations de l'État et ses établissements publics peuvent décider de rendre publiques sur le site mentionné à l'article R. 132-4 les*

l'organisation d'une consultation sur Internet préalablement à l'adoption d'une loi ou d'un acte réglementaire, ce qui consacre juridiquement une pratique préexistante. Outre les Assises, Conférences, États-généraux ou Grenelles mis en place lors des grandes réformes de nature législative, ce dispositif de consultation ouverte sur Internet a pu notamment être employé à l'occasion de divers projets de décrets en matière de commande publique¹²¹⁷, de relations entre les administrations et les administrés¹²¹⁸ et de délibération à distance des instances administratives à caractère collégial¹²¹⁹. Ces illustrations démontrent que le caractère facultatif de ces procédures de consultation ouverte sur Internet n'empêche pas les autorités nationales de les mettre en œuvre à l'occasion de l'élaboration des réformes de nature législative comme réglementaire. Se pose aujourd'hui la question de savoir si ne serait pas désormais venu le temps d'imposer leur organisation préalablement, sinon à toutes les lois, au moins à toutes les décisions réglementaires de portée nationale à l'instar de certaines expériences étrangères. Techniquement rien ne s'oppose à cette extension du principe de participation du public.

186. En l'état, ce dispositif de la consultation ouverte sur Internet s'inscrit dans le mouvement de reconnaissance et d'encadrement juridique de la faculté pour l'administration de mettre en place facultativement des processus participatifs, qu'ils soient ouverts ou restreints. C'est dans le cadre de ce mouvement que le pouvoir réglementaire a officialisé et encadré la pratique des commissions consultatives de l'État et de ses établissements publics administratifs, d'abord lorsque leur avis est obligatoire, par le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, puis indépendamment de ce caractère obligatoire ou facultatif, par le décret du 8 juin 2006, relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles R. 133-1 et suivant du code des relations entre le public et l'administration. Il en va de même de l'encadrement, au sein des collectivités territoriales, des comités consultatifs et des processus référendaires, spécialement de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Plus largement, depuis l'ordonnance du 23 octobre 2015, l'article L. 131-1 du code

procédures de consultation du public qu'elles organisent préalablement à l'adoption d'un acte réglementaire en dehors des cas prévus à l'article R. 132-8 ».

¹²¹⁷ Sept consultations ouvertes ont eu lieu durant les années 2015, 2016 et 2018.

¹²¹⁸ 10 consultations ouvertes ont eu lieu en 2014 sur des projets de décrets portant application de la loi DCRA du 12 avril 2000 et deux en 2015 sur des projets de décrets relatifs aux exceptions à l'application du droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique et aux exceptions au principe du « silence vaut accord ».

¹²¹⁹ Une consultation ouverte a été organisée en 2014.

des relations entre le public et l'administration encadre désormais la pratique facultative des procédures de participation du public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires.

B – L'encadrement des procédures d'association du public en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires

187. La dernière forme de procédures participatives est issue de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015¹²²⁰. L'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose assez simplement que « *lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics* ». Cette disposition ne vise en réalité pas à créer une nouvelle procédure, mais surtout à régir *a minima*, en garantissant sa sincérité, la pratique régulière des administrations, souvent locales, consistant à organiser en toute liberté des processus participatifs portant sur les projets divers et variés. Les exemples sont nombreux. Il peut s'agir pour des communes d'organiser des réunions publiques avec les habitants dans le cadre de l'élaboration d'un projet d'aménagement ou d'un projet d'équipement éducatif, social, sportif ou culturel. Il en va également ainsi des multiples budgets participatifs, qui se sont essentiellement développés en France depuis 2014, invitant les habitants de communes à se prononcer par la voix d'une votation citoyenne sur des projets d'investissement. « *De 6 communes engagées début 2014, la France en compte 80 [en 2018]. Au-delà de leur nombre, c'est la part de la population qu'elle représente qui frappe : 6 millions de Français. Près d'un Français sur 10 vit dans une ville engagée dans un budget participatif* »¹²²¹. Entrent aussi dans ce cadre les votations citoyennes organisées par les nouvelles régions pour le choix de leur nom.

¹²²⁰ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

¹²²¹ Voir le site internet animé par A. Bezard : <http://lesbudgetsparticipatifs.fr/le-budget-participatif-concerne-6-millions-de-francais/>.

C'est à l'occasion d'une telle votation organisée sur le choix du nom de la région Occitanie que le Conseil d'État a été amené de se prononcer sur cette disposition, dans un arrêt « Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres » du 19 juillet 2017¹²²², pour en fixer les contours et en préciser les modalités d'organisation. Le juge administratif a ainsi pu valider l'organisation par une collectivité territoriale d'une procédure ne s'ouvrant pas à tout le public (1) et présentant la forme d'une votation (2).

1) *Une procédure d'association ne s'ouvrant pas nécessaire à tout le public*

188. Dans l'affaire « Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres », se posait d'abord la question de savoir si l'administration pouvait légalement organiser une procédure participative limitée aux personnes majeures habitant la région, aux personnes mineures âgés de plus de 15 ans et aux personnes n'habitant pas la nouvelle région mais déclarant y avoir leur attache. De façon tout à fait logique, le Conseil d'État a jugé qu'il était loisible à l'administration de définir le périmètre du public consulté, à condition que cette définition soit pertinente au regard de l'objet de la procédure d'association. En l'espèce, ce périmètre n'était pas dénuée de pertinence au regard de la consultation organisée sur le choix du nom de la région, pouvant intéresser tout aussi bien les habitants que les personnes y ayant leur attache¹²²³. Cette solution est heureuse, car limiter l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration à une classique procédure de consultation du public, c'est-à-dire à toutes les personnes physiques et morales non chargées d'une mission de service public, n'aurait pas eu de sens. Cela aurait conduit soit à remettre en cause la pratique des collectivités territoriales à consulter spécifiquement leurs habitants ou celles des administrations à consulter spécifiquement leurs usagers, soit à priver d'objet la nouvelle disposition législative,

¹²²² CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; DA, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

¹²²³ Encore fallait-il s'assurer de la sincérité de la consultation en organisant un dispositif permettant de contrôler la qualité des participants. À ce sujet, le Conseil d'État impose à l'administration de prendre « *en fonction de cet objet et du périmètre du public consulté, toute mesure relative à son organisation de nature à empêcher que son résultat soit vicié par des avis multiples émanant d'une même personne ou par des avis émis par des personnes extérieures au périmètre délimité* ». Dans l'application de cette règle jurisprudentielle, le juge a fait preuve de souplesse en considérant qu'« *il ressort des pièces du dossier que le conseil régional a, notamment, exigé des personnes exprimant leur avis sur internet qu'elles renseignent un numéro de téléphone portable français et une adresse électronique, dont la validité était vérifiée. Eu égard à l'objet de la consultation et au public concerné, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que ces modalités d'organisation auraient été insuffisantes pour assurer la sincérité du résultat de la consultation* ».

puisqu'elle n'aurait pas pu régir ces multiples procédures participatives régulièrement organisées. L'administration peut limiter le processus participatif aux « *personnes concernées* », pour reprendre l'expression employée par l'article L. 131-1 lui-même. On retrouve ici les notions de « *public concerné* » ou de « *public susceptible de participer* » évoquées par la Convention d'Aarhus¹²²⁴. Le cercle des titulaires du droit de participer peut donc être limité sous le contrôle du juge. Dans ce cas, il s'agit davantage de procédures de consultation ouverte aux habitants ou aux usagers que de procédures de participation du public à proprement parler. Elles n'en constituent pas moins des procédures de participation directe.

2) *Une procédure d'association pouvant prendre la forme d'une votation*

189. Dans l'affaire « Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres », se posait ensuite la question de savoir si l'administration pouvait légalement organiser une votation citoyenne en dehors du cadre de la consultation des électeurs pourtant prévu à cet effet et dont le régime est particulièrement strict, notamment en ce qu'il se limite aux seuls électeurs et à un vote positif, négatif, blanc ou nul lors d'un scrutin officiel nécessairement organisé un dimanche. Or, la région avait fait le choix de son côté d'organiser une votation non limitée aux électeurs, à choix multiples, lors d'une consultation se déroulant sur plusieurs jours par voie postale ou par voie électronique. Ici encore, le Conseil d'État fait preuve de tolérance bienvenue en validant la votation organisée par la région et en affirmant qu'une telle consultation n'avait pas pour objet d'organiser une procédure de consultation des électeurs. Il juge qu'« *il ressort des termes de sa délibération du 15 avril 2016 que, comme il a été dit plus haut, le conseil régional a décidé d'organiser une "large consultation ouverte à toutes les personnes âgées de plus de 15 ans habitant" la "région ou déclarant y avoir" leur "attache" afin d'associer, selon des modalités qu'il a lui-même définies, le public à l'élaboration de l'avis relatif à la fixation du nom de la région par décret. Une telle procédure ne constitue ni un référendum local, ni une consultation des électeurs sur un projet de décision et ne relève pas des dispositions des articles LO. 1112-1 et L. 1112-15 du code général des collectivités territoriales. Les requérants ne peuvent dès lors pas utilement soutenir que le conseil régional a méconnu ces dispositions* ». Cette solution pourrait être juridiquement contestée par comparaison à la jurisprudence

¹²²⁴ Voir *supra*, n° 157.

censurant l'organisation de divers droits d'interpellation citoyenne par certaines collectivités territoriales sur le prétexte de leur assimilation au droit de pétition¹²²⁵. Dans notre affaire, l'organisation d'une telle votation aurait tout à fait pu être vue comme une tentative par la région de contourner le régime particulièrement strict de la consultation des électeurs. Comme le rappelle G. Éveillard, la jurisprudence administrative affirme « avec constance que la liberté procédurale dont disposent les autorités administratives ne saurait les conduire à contourner les procédures, fussent-elles facultatives, prévues et organisées par les textes »¹²²⁶. Dans ce cadre, le Conseil d'État aurait tout à fait pu considérer que l'article L. 131-1 ne pouvait toutefois pas permettre à l'administration d'organiser une votation, relevant spécifiquement des processus référendaires. Mais un tel raisonnement aurait eu des conséquences fâcheuses pour toutes les démarches de démocratie participative mises en place localement pour associer davantage les habitants à la vie de la cité. S'il va sans dire que ces votations vont largement concurrencer les procédés référendaires, dont l'usage reste fort limité¹²²⁷, elles vont cependant permettre d'associer plus fréquemment les citoyens à l'exercice du pouvoir. En effet, les collectivités territoriales ont un attrait pour l'organisation de ce type d'instruments participatifs, dont les modalités sont librement déterminées par l'autorité compétente, dans le cadre des quelques principes fixées par l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration. Cette souplesse se conjugue avec sa plus grande finesse permettant à l'administration d'organiser une votation à choix multiples, ce qui peut s'avérer plus éclairant qu'une simple alternative « oui » - « non ». Ainsi, au risque d'être requalifiée en consultation locale des électeurs, les collectivités territoriales ne peuvent juridiquement pas organiser une telle votation électronique binaire vis-à-vis de leurs habitants ou de leurs électeurs. Il en va de même pour l'État compte tenu de l'institution de la consultation locale des électeurs en matière environnementale. Mais, il y a toutes les raisons de penser que l'administration conserve en la matière une liberté pour organiser une votation vis-à-vis des usagers d'un service public. C'est par exemple dans ce cadre qu'un maire peut organiser une consultation des parents d'élèves pour qu'ils se prononcent sur l'opportunité du retour de l'uniforme à l'école¹²²⁸. De la même

¹²²⁵ Voir *supra*, note de bas de page, n° 131.

¹²²⁶ G. ÉVEILLARD, « Consultation locale - La procédure de détermination du nom d'une région », *Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2017, comm. 49. CE, sect., 8 janv. 1982, n° 17270, SARL Chocolat de régime Dardenne, *Rec.*, p. 1 ; *D.*, 1982, p. 261, concl. B. GENEVOIS ; *RA*, 1982, p. 624, note B. PACTEAU ; CE, 18 juill. 2014, Communauté urbaine du Creusot-Montceau, *Rec. tables*, p. 496.

¹²²⁷ Voir *supra*, n° 136.

¹²²⁸ Une telle votation a été organisée en juin 2018 à Provins, en Seine-et-Marne.

façon, une université peut organiser une consultation électronique auprès des étudiants pour se prononcer sur les mesures envisagées pour lever un blocage¹²²⁹.

¹²²⁹ Peut être ici évoquée la consultation organisée par l'université de Strasbourg en avril 2018.

Conclusion du Chapitre 2

190. Permettant de compenser les faiblesses des modèles de participation restreinte, les modèles de participation ouverte développés à partir des années 1980 revêtent un aspect éminemment « *fragmentaire* »¹²³⁰ ou « *composite* »¹²³¹. Ce ne sont pas moins que les titulaires du droit de participer, la forme, le domaine et la valeur de la participation qui varient. La participation directe du citoyen que ces modèles permettent s'adresse tantôt au public, c'est-à-dire toute personne physique ou morale, tantôt au public concerné, notamment les usagers d'un service public ou les habitants d'une collectivité territoriale, tantôt aux électeurs locaux. Elle peut prendre la forme d'une procédure permettant l'expression d'observations comme celle d'un vote. Si elle peut constituer une obligation résultant d'une norme constitutionnelle ou législative, elle peut aussi rester d'usage simplement facultatif.

Appréciée de façon dynamique, l'articulation de cette diversité peut être mise en cohérence de façon assez simple. Il s'avère que la participation directe du citoyen ne se développe pas au même rythme selon ses champs d'application. Le domaine le plus avancé est sans conteste celui des décisions ayant une incidence sur l'environnement, qui a vu se développer un principe de participation du public élevé jusqu'au rang constitutionnel dans le cadre de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004. En dehors de ce domaine, les procédures de participation ouverte restent encore essentiellement d'usage facultatif. Le constituant, le législateur et le pouvoir réglementaire se sont essentiellement contentés d'offrir des possibilités, en instituant les processus référendaires et les procédures de participation ouverte sur Internet se substituant à la consultation d'organes collégiaux, et d'encadrer des pratiques préexistantes pour offrir des garanties au public ou au public concerné, ce qu'ont également permis les procédures de consultation ouverte sur Internet et le régime de l'association du public en dehors des cas régis par les lois et règlements. Il n'est pas là question d'instituer un principe de participation directe du citoyen à la décision administrative, même si les outils juridiques et techniques le permettraient.

¹²³⁰ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, 5^e édition, 2013, p. 426.

¹²³¹ J.-C. HÉLIN et R. HOSTIOU, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *AJDA*, 2002, p. 291.

Conclusion du Titre I

191. Bien qu'ils répondent à la même définition¹²³², l'existence d'une pluralité de modèles de participation du citoyen à la décision administrative peut en apparence nuire à l'identification d'une notion juridique cohérente. Il s'agit alors au mieux d'une notion juridique plurielle, sinon d'un simple concept saisi par le droit. La pluralité des formes et des champs d'application *ratione materiae* mais surtout *ratione personae* empêche de ranger en tant que telle la participation du citoyen à la décision administrative parmi les « *principes en devenir* »¹²³³. Tout au plus la participation du citoyen pourrait-elle regrouper trois principes autonomes. Les deux premiers existent actuellement, il s'agit du principe de la procédure contradictoire, permettant à la personne intéressée d'exprimer ses observations préalablement à l'adoption d'une décision individuelle préjudiciant à ses intérêts et dont elle est destinataire, et du principe de participation du public aux décisions ayant des incidences directes et significatives sur l'environnement. Le troisième principe qui pourrait exister n'est aujourd'hui consacré que ponctuellement, il s'agirait d'un principe de participation du citoyen à la décision réglementaire. Organiser un tel principe juridique impliquerait d'en préciser les formes et les titulaires. Ils sont aujourd'hui très divers. Cette association du citoyen à la décision administrative implique aujourd'hui tout aussi bien la représentation de la société civile au sein des organes collégiaux délibérants et consultatifs que les procédures de participation ouverte, s'adressant au public, au public concerné ou aux électeurs locaux. L'articulation de ces différentes branches de la participation est parfois complexe. Un même secteur peut accueillir différents modèles de participation en son sein, comme nous avons pu le voir dans le cadre de la participation du citoyen à la vie locale, accueillant les habitants dans des organes collégiaux et les électeurs dans des processus référendaires. De la même façon, la participation du citoyen dans le domaine de l'environnement s'ouvre tout aussi bien à différents corps intermédiaires, spécialement les associations de protection de l'environnement, qu'au public dans son ensemble. Inversement, les modèles participatifs peuvent s'exclure. La loi de simplification du droit du 17 mai 2011 a permis à une administration de recourir à la procédure de consultation ouverte sur Internet en lieu et place de la consultation obligatoire d'une commission. La reconnaissance d'un principe de participation du citoyen à la décision réglementaire pourrait alors impliquer qu'à défaut de dispositions législatives l'organisant spécialement, l'administration dispose d'une liberté dans

¹²³² Voir *supra*, n° 11 et s.

¹²³³ D. TRUCHET, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA*, n° spécial, 1997, p. 42.

le choix des modalités de la participation. Il suffirait qu'elle organise alternativement soit une procédure d'association des représentants d'intérêts, soit une procédure de participation ouverte. C'est le choix actuellement effectué pour l'élaboration de la stratégie nationale de santé¹²³⁴ et plus largement par le droit espagnol pour l'élaboration des règlements gouvernementaux¹²³⁵. La détermination d'un principe impliquerait aussi d'identifier des exceptions déjà reconnues, à savoir lorsque l'urgence et le secret rendent impossible sa mise en œuvre.

L'exposé de cette hypothèse est susceptible de ravir les tenants de l'assimilation de la participation citoyenne à l'association du public ou à la démocratie administrative. Il contribue en effet à opérer une dichotomie apparente entre d'une part une garantie individuelle de nature défensive, la procédure contradictoire, et d'autre part les processus participatifs permettant d'associer le citoyen à l'élaboration des décisions réglementaires ou ayant des incidences sur l'environnement, d'apparences démocratiques. Or, cette présentation simpliste doit s'effacer lorsque l'on s'attarde sur les fonctions de la participation du citoyen à la décision administrative. La démarche de conceptualisation de cette notion ne peut se limiter à la seule étude de ses différents modèles, qui ne constituent que les ramifications d'un même tronc commun. Il reste encore à en rechercher les racines profondes, c'est-à-dire les diverses fonctions qu'elle remplit.

¹²³⁴ Voir *supra*, n° 185.

¹²³⁵ Voir *supra*, n° 183.

Titre II – LA PLURALITÉ DES FONCTIONS DE LA PARTICIPATION CITOYENNE ILLUSTRANT SON CARACTÈRE MALLÉABLE

192. Pour reconnaître dans la participation du citoyen à la décision administrative une notion juridique cohérente, il faut pouvoir dépasser son aspect pluriel. Par-delà la diversité de ses modèles et de ses champs d'application, c'est-à-dire de ses secteurs d'application et des catégories de citoyens au profit desquels elle est reconnue, nous avons déjà pu constater que la pluralité de la participation du citoyen exprime en réalité un phénomène de stratification, consistant à développer par couches successives de nouveaux instruments permettant d'ouvrir toujours davantage le processus décisionnel au citoyen. L'unification de la participation citoyenne au sein d'un même concept juridique implique à présent de mettre en lumière l'esprit commun qui anime sa mise en place et son développement en droit positif. Une analyse tirée du positivisme sociologique, à savoir l'appréciation du droit selon les aspirations de la conscience collective, incite naturellement à adopter une approche fonctionnelle¹²³⁶ ou finaliste. Le Conseil d'État ne s'était pas trompé lorsqu'il a débuté son rapport public de 2011, *Consulter autrement. Participer effectivement*, par une présentation des fonctions des procédures consultatives¹²³⁷. L'exigence de participation citoyenne doit ainsi pouvoir répondre à une fonction juridique bien identifiée et qui lui donne son fondement, sa raison d'être. Or, l'étude de l'ensemble des instruments participatifs et des raisons justifiant leur consécration juridique démontre qu'il n'est pas possible d'affirmer que chacun d'entre eux réponde systématiquement à une même et unique fonction. Comme l'évoque P. Idoux, « *la difficulté (...) provient essentiellement de l'indétermination des objectifs assignés à la participation : si le principe est clairement affirmé en droit aujourd'hui, il ne semble pas que son but soit tout à fait tranché ; or plusieurs sont envisageables, à l'aune desquels les critères du degré de participation varient, comme le jugement que l'on peut porter sur les procédés existants* »¹²³⁸. Certains de ces instruments semblent même parfois avoir des fonctions antagonistes, sous-entendant qu'on ne pourrait pas y voir la concrétisation d'une même philosophie générale et, partant, d'une même notion juridique. L'exemple le plus parlant est celui des relations qu'entretiennent la procédure

¹²³⁶ À distinguer de la définition d'une notion fonctionnelle. Voir G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barenstein (la légalité des actes administratifs devant le juge judiciaire) », *JCP*, 1948, I, p. 682 et s. ; « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, p. 851. . Voir aussi G. TUSSEAU, « Critique d'une ménotation fonctionnelle, La notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641 et s.

¹²³⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 20 et s.

¹²³⁸ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

contradictoire, vue comme une garantie individuelle, et les processus référendaires, traduisant la promotion d'une démocratie semi-directe. À première vue, il pourrait sembler compliqué d'y voir la concrétisation d'une même exigence, ce qui aurait tendance à remettre en cause la démarche visant justement à dévoiler sa cohérence d'ensemble. Fort heureusement, il reste possible de dépasser cette dichotomie apparente. Comme l'indique notamment L. Blondiaux à propos de la démocratie participative, mais c'est aussi valable pour la notion de participation citoyenne, « *la force d'une notion aussi indéterminée que celle de "démocratie participative" tient précisément à son flou, à la diversité des usages possibles dont elle peut être l'objet, à sa capacité d'ancrage dans des registres d'action et des systèmes de références très disparates* »¹²³⁹. Pour L. Blondiaux, la démocratie participative vise à répondre à six problématiques sociales nouvelles¹²⁴⁰, qu'il fait ressortir des travaux d'auteurs comme J. Chevallier¹²⁴¹, J. Habermas¹²⁴², J. Rawls¹²⁴³ ou encore P. Rosanvallon¹²⁴⁴. La transposition de ce raisonnement à notre étude du concept de participation du citoyen à la décision administrative nous invite à identifier juridiquement quatre grandes fonctions qui lui donnent sa cohérence. Ces finalités sont de deux ordres. Pour le citoyen, la participation peut remplir deux fonctions en apparence opposées. En effet, comme nous venons de l'amorcer, elle peut tout aussi bien permettre une intégration démocratique du citoyen dans le processus décisionnel, que de lui garantir un moyen de défendre ses intérêts individuels, collectifs ou objectifs (Chapitre 1). D'un point de vue administratif, la participation à la prise de décision est un outil de bonne administration en ce qu'elle vise à la recherche d'une meilleure efficacité dans la prise de décision (Chapitre 2). En contribuant à l'amélioration du contenu des décisions administratives, la participation sert ainsi la phase d'instruction. Et en garantissant leur meilleure acceptation, elle constitue un outil au service de la phase d'exécution des décisions administratives. Certes, ces fonctions ne sont pas toujours réunies simultanément. Elles le sont plutôt selon des paramètres à géométrie variable en fonction de la nature des instruments participatifs ou de la psychologie des acteurs en présence. Mais, appréciés à l'aune de ces

¹²³⁹ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Le Seuil, 2008, p. 24 et s.

¹²⁴⁰ Pour l'auteur, la démocratie participative aurait vocation à répondre à six problématiques qu'il résume par des questions : « *Des sociétés de plus en plus complexes ?* » ; « *Des sociétés de plus en plus divisées ?* » ; « *Des sociétés de plus en plus réflexives ?* » ; « *Des sociétés de plus en plus indociles ?* » ; « *Des sociétés de plus en plus défiantes ?* » ; « *Des sociétés devenues ingouvernables ?* ».

¹²⁴¹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2^e édition, 2004.

¹²⁴² J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

¹²⁴³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995.

¹²⁴⁴ P. ROSANVALLON, *La contre-démocrate : la politique à l'âge de la défiance*, Editions du Seuil, 2006 ; P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée : histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000.

fonctions citoyennes et administratives de la participation, les frontières entre chaque instrument participatif se brouillent, de sorte qu'il n'est jamais possible de dessiner des frontières intangibles. L'examen de ces quatre fonctions permet de dépasser les oppositions apparentes et surtout de dévoiler l'esprit commun qui anime la participation du citoyen à la décision administrative dans son ensemble.

Chapitre 1 – Les fonctions pour le citoyen, entre démocratie administrative et garantie individuelle

193. Analysée sous le prisme du citoyen, l'exigence de participation à la prise de décision administrative est rapidement confrontée à l'opposition apparente entre les deux fonctions qui lui sont assignées. L'approche la plus communément admise dans la doctrine consiste à voir dans la mise en place progressive d'une multitude d'instruments participatifs, l'expression d'une ouverture de l'administration sur le citoyen en permettant à ce dernier de participer activement à la définition de l'intérêt général, que ce soit à titre individuel ou par le truchement de la représentation de ses intérêts. Vu sous cet angle, la participation du citoyen s'inscrit dans une démarche de démocratisation de l'administration, désormais invitée à répondre à l'aspiration de la société civile à une meilleure intégration dans le processus décisionnel. La participation concrétise ainsi le concept juridique de « démocratie administrative » et le concept politique de « démocratie participative » (Section 1). Une vision idéalisée aurait tendance à vouloir cantonner la participation à cette seule fonction démocratique consistant à répondre à une demande sociale d'implication à la définition constructive de l'intérêt général, ce qui rendrait illégitime toute démarche du citoyen visant à défendre ses intérêts particuliers, individuels ou catégoriels. Or, il faut absolument s'en détacher. Une telle démarche remettrait d'abord en cause l'inclusion de la procédure contradictoire comme un modèle participatif, qui ne répond en effet pas à cette fonction d'inclusion à la définition constructive de l'intérêt général. Ensuite et surtout, ce cantonnement de la participation au mouvement de démocratisation dénierait une deuxième fonction de la participation, à savoir celle de constituer une garantie permettant au citoyen de défendre ses intérêts individuels, collectifs ou objectifs face aux projets de l'administration de nature à les affecter (Section 2). Ce versant plus libéral et défensif de la participation doit d'autant plus être réhabilité sur le plan juridique que la pratique tend à démontrer que la protection des intérêts est le plus souvent le principal mobile ou motif de la participation du citoyen. Ce faisant, reconnaître l'existence d'une notion juridique de participation du citoyen à la décision administrative implique de prendre acte de ces deux fonctions démocratique et défensive en apparence opposées mais en réalité complémentaires, s'exprimant de façon tantôt alternative, tantôt cumulative lors de la mise en œuvre de chaque instrument participatif.

Section 1 – La participation du citoyen comme traduction d’une démocratisation de l’administration

194. En ouvrant le processus décisionnel à la participation du citoyen, le droit positif s’est inscrit dans un mouvement de démocratisation de l’administration en vue de répondre à une demande sociale consistant à remettre en cause un mode d’action empreint d’unilatéralité et d’opacité. Spécialement depuis les années 1960-1970, de multiples acteurs ont manifesté leur souhait d’être associés à la prise de décision, de participer activement à la définition de l’intérêt général, en contestant ainsi le monopole dont disposait l’administration en la matière. Pour comprendre les raisons qui ont justifié la mise en place de dispositifs permettant au citoyen de participer activement à la définition de l’intérêt général, il faut revenir sur les éléments théoriques qui ont conduit à l’apparition du concept doctrinal de « démocratie administrative », dont la participation citoyenne constitue une concrétisation¹²⁴⁵, sinon « *le cœur de la démocratie administrative* »¹²⁴⁶. La promotion et le développement de cette notion de démocratie administrative est une tendance relativement récente dans l’histoire du droit administratif dont l’origine remonte également aux années 1960-1970, spécialement dans les écrits de J. Rivero¹²⁴⁷, G. Isaac¹²⁴⁸, d’A. Mestre¹²⁴⁹ ou encore de R. Hostiou¹²⁵⁰. Comme l’a démontré Ch. Testard, ce concept de démocratie administrative reste encore soumis à controverse doctrinale et fait l’objet d’une « *appréhension plurielle* »¹²⁵¹. Il est parfois défini largement pour caractériser le mouvement de rééquilibrage des rapports entre l’administration et les administrés¹²⁵². Dans cette approche large, la démocratie administrative s’est juridiquement développée en France, comme dans tous les États occidentaux, dans deux grandes directions. Le premier axe a consisté, à partir des années 1970, à améliorer la situation du citoyen dans ses rapports quotidiens avec l’administration en vue d’un rééquilibrage dans un sens moins vertical,

¹²⁴⁵ Sur l’histoire de ce concept, voir notamment B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d’un concept, *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 21-37.

¹²⁴⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁴⁷ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 821-833.

¹²⁴⁸ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 224 et s.

¹²⁴⁹ A. MESTRE, « La Démocratie administrative », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, 1974, p. 562.

¹²⁵⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l’acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*

¹²⁵¹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁵² Voir par exemple, J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 915 ; F. LAFARGE, F. LARAT et M. MANGENOT, « Introduction », *op. cit.* ; P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *op. cit.*, p. 143.

moins hiérarchique. Il s'est concrétisé par le vote des grandes lois sur le Médiateur en 1973¹²⁵³, sur l'accès aux documents administratifs en 1978¹²⁵⁴, sur l'informatique et les libertés en 1978¹²⁵⁵, sur la motivation des décisions administratives en 1979¹²⁵⁶, auxquelles il faut ajouter les dispositions de la loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations de 2000¹²⁵⁷, qui a relancé ce mouvement de modernisation de l'administration. C'est dans ce premier volet de la démocratie administrative que se retrouvent tous les dispositifs juridiques en faveur des garanties procédurales, de la transparence administrative et des modes alternatifs aux règlements des conflits. Le second axe de cette approche large de la démocratie administrative a consisté à rééquilibrer progressivement la relation administration-citoyen dans un sens moins unilatéral. C'est dans cet objectif qu'a été développé l'ensemble des instruments permettant au citoyen de participer au processus décisionnel et à la définition même de l'intérêt général, que ce soit par la représentation des intérêts dans des organes collégiaux ou par des dispositifs de participation ouverte. Il s'agit là d'une traduction en droit administratif de la promotion plus large au plan politique de la « démocratie participative » visant à répondre au développement de l'aspiration des citoyens à une meilleure implication dans le fonctionnement des institutions. Ce volet participatif peut aussi être considéré en doctrine comme le seul véritable critère de la démocratie administrative. Dans cette approche restrictive de la notion, la démocratie administrative caractérise seulement la participation des administrés à l'élaboration des décisions administratives¹²⁵⁸, ce qui exclut du champ de l'étude le développement des garanties procédurales, de la transparence et des modes alternatifs aux règlements des conflits.

Quelle que soit l'approche retenue, la doctrine s'accorde sur ce constat selon lequel la mise en place et le développement du concept de démocratie administrative reviennent sur la doctrine d'une administration fermée sur son environnement social¹²⁵⁹, qui a longtemps prévalu au regard d'une conception traditionnelle de la démocratie représentative, et qui a justifié le développement d'une administration fonctionnant sur un modèle bureaucratique.

¹²⁵³ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, *JO*, 4 janvier 1973, p. 164.

¹²⁵⁴ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978, p. 2851.

¹²⁵⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO*, 7 janvier 1978, p. 227.

¹²⁵⁶ 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, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711.

¹²⁵⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, 13 avril 2000, p. 5646.

¹²⁵⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 42, 65 et 74.

¹²⁵⁹ P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *op. cit.*

L'administration étant simplement chargée d'exécuter la loi, expression de la volonté générale, sous le contrôle du juge, il n'était nul besoin de prévoir des formes d'implication citoyenne dans le fonctionnement des institutions autres que dans le cadre du processus électoral. Pendant longtemps, le thème de la démocratisation de l'administration n'était alors pas vu comme une question pertinente. Pour répondre à l'aspiration d'une démocratisation de l'administration, il a donc fallu démontrer le caractère insuffisant de ce schéma traditionnel de la démocratie représentative (§ 1), principalement au regard de l'existence d'un pouvoir normatif propre au profit de l'administration. La participation du citoyen a alors pu apparaître comme un moyen de compenser la relativisation du lien direct entre l'administration et la volonté générale. De façon plus profonde, il semble que le développement de la participation citoyenne réponde aussi à un véritable changement de paradigme et à la naissance progressive d'une nouvelle conception de la légitimité démocratique de l'administration et plus largement de l'action des pouvoirs publics (§ 2). Ces derniers ne pourraient plus désormais se retrancher derrière le schéma représentatif, mais ils devraient systématiquement prévoir des dispositifs d'association de la société civile à l'exercice du pouvoir pour deux raisons essentielles. La participation du citoyen à la prise de décision apparaît d'abord comme une réponse à la quête d'un consentement plus direct et immédiat du peuple souverain à l'exercice du pouvoir. Cette promotion des instruments participation constitue aussi une réponse pragmatique à la « crise de la démocratie représentative », qui se caractérise par une défiance de l'opinion publique vis-à-vis de ses représentants et plus largement vis-à-vis du fonctionnement normal des institutions. La participation citoyenne, en impliquant davantage le citoyen à la prise de décision, apparaît comme un moyen de retisser un lien de confiance perdu.

§ 1 – La remise en cause du schéma traditionnel de la démocratie représentative

195. Pendant longtemps, l'administration s'est développée selon un modèle bureaucratique, excluant toute forme d'association du citoyen à la prise de décision. Ceci était justifié au regard de la prévalence d'une conception traditionnelle de la légitimité démocratique reposant sur le caractère suffisant de la démocratie représentative (A). Dans cette conception, l'administration pouvait légitimement agir de façon unilatérale, sans associer directement le citoyen à l'élaboration des décisions administrative, eu égard à l'habilitation qui lui est accordée pour agir strictement dans l'intérêt général et dans le respect de la loi, expression de la volonté

générale. Ce n'est qu'à partir des années 1960-1970 que le modèle d'une administration fermée a été remis en cause par les tenants de démocratie administrative, en mettant en lumière les défaillances pratiques de ce schéma classique (B).

A – Un schéma classique justifiant le développement d'une administration bureaucratique

196. Depuis les Lumières, sous réserve de quelques expériences révolutionnaires, la construction de la démocratie s'est faite sur un schéma représentatif excluant toute participation directe du citoyen dans le fonctionnement interne de l'administration et plus largement des pouvoirs publics. Il ne s'agit pas ici de rappeler de manière exhaustive l'histoire de cette construction, ce qui mériterait de longs développements, mais d'en rappeler les traits essentiels qui ont conduit à voir dans l'administration un simple outil bureaucratique d'exécution de la volonté générale (1). Dans cette conception, la soumission de l'administration à la loi épuise la question de sa légitimité démocratique, puisque la loi elle-même émane des représentants élus du peuple. Dès lors, en ce qu'il invite le citoyen à s'exprimer de nouveau, le développement des instruments de participation du citoyen à la décision administrative apparaît comme redondant, inutile et de nature à créer un conflit de légitimité entre deux expressions du même peuple souverain (2).

1) L'administration comme simple outil bureaucratique d'exécution de la volonté générale

197. Traditionnellement, le fonctionnement normal de la démocratie, telle qu'elle s'est développée en Amérique au niveau fédéral et en France à partir de la fin du XVIII^e siècle, repose sur un schéma représentatif selon lequel le peuple, la Nation, est la source de la légitimité des pouvoirs publics. Cette légitimité est apparue en opposition à la légitimité de droit divin de la monarchie qui a prévalu sous l'Ancien Régime. Dans ce schéma représentatif, le citoyen n'est pas invité à participer directement à l'action des pouvoirs publics. Il participe indirectement par la voix de ses représentants, seuls habilités à définir au nom du peuple ou de la Nation, la

volonté générale, que ce soit dans le cadre du pouvoir constituant ou du pouvoir législatif. C'est ce que traduit l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirmant que « *la Loi est l'expression de la volonté générale* » ou encore le concept britannique contemporain de la souveraineté du Parlement. Le filtre que permet la représentation est alors vu comme le meilleur moyen pour assurer une bonne détermination de la volonté générale ou du Bien commun. Puisque tous les citoyens ne peuvent pas prendre part à l'élaboration de la loi, cette démocratie est nécessairement représentative dans son fonctionnement quotidien. L'histoire démontre qu'aucun régime politique ne peut être fondé sur un principe de démocratie directe, en dehors de l'utilisation ponctuelle du référendum. J.-J. Rousseau reconnaissait lui-même cette impossibilité matérielle pour le plus grand nombre d'exercer directement le pouvoir¹²⁶⁰. Il revient ainsi aux représentants de voter la loi au nom du peuple ; ce dernier n'ayant ni les capacités, ni les compétences pour assurer lui-même cette fonction comme l'évoquait Montesquieu¹²⁶¹. Dans ce schéma classique, le peuple est tout au plus qualifié pour choisir les personnalités que leur sagesse, leur éducation, leur expérience désignent pour traiter les affaires communes. Selon les révolutionnaires, l'élection est « *perçue comme une manière de sélectionner les citoyens les plus capables* » et assure de ce fait « *une fonction très objective* »¹²⁶².

C'est le développement du suffrage universel tout au long des XIX^e et XX^e siècles qui a permis d'approfondir la légitimité démocratique des représentants de la Nation élus par l'ensemble des citoyens et de concilier les logiques de représentation et de démocratie qui avaient pu jusqu'alors être considérées comme antinomiques¹²⁶³. La démocratie représentative est ainsi le fruit de la rencontre entre le schéma représentatif et le développement du suffrage universel. C'est ce qui a fait dire à A. Lincoln que la démocratie est « *le gouvernement du peuple, par le peuple pour le peuple* »¹²⁶⁴. Plus précisément, comme l'indique l'article 3 de la Constitution, « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Ainsi, excepté le recours ponctuel au référendum,

¹²⁶⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

¹²⁶¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

¹²⁶² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 174.

¹²⁶³ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 217-227. A. SIÉYÈS : « *Les citoyens qui se nomment des représentants renoncent et doivent renoncer à faire eux-mêmes la loi ; ils n'ont pas de volonté particulière à imposer. S'ils dictaient des volontés, la France ne serait plus cet État représentatif ; ce serait un État démocratique. Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants* » (Discours du 7 septembre 1789, « Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal : à la séance du 7 septembre 1789 », p. 15, 19).

¹²⁶⁴ Formule retranscrite à l'article 2 de la Constitution.

la démocratie n'est pas perçue une mode d'exercice du pouvoir, mais comme un principe de légitimation de l'exercice du pouvoir. C'est parce qu'ils agissent en son nom, et parce qu'ils sont élus par lui, que les représentants du peuple ont une légitimité démocratique à agir. Par-delà la diversité des modèles politiques, c'est bien ce régime de démocratie représentative qui s'est développé dans l'ensemble des pays occidentaux et qui constitue encore la référence au sein de la communauté internationale.

198. Cette conception classique de la démocratie représentative a pendant longtemps été considérée comme suffisante pour garantir la légitimité démocratique de l'ensemble des pouvoirs publics, qu'ils soient législatif, exécutif ou judiciaire, notamment au regard de la théorie de la séparation des pouvoirs. En effet, puisque la volonté du peuple ou de la Nation est identifiée à la volonté générale, telle qu'elle est déterminée par le corps législatif, lui-même élu sur la base du suffrage universel, il suffit simplement de s'assurer par voie de contrôle juridictionnel (la justice étant elle-même rendue « *au nom du peuple français* ») que l'exécutif, responsable devant la représentation nationale, et l'administration placée sous son contrôle, respectent strictement la loi. Dans cette conception traditionnelle, la légitimité démocratique de l'administration est assurée par trois piliers fondamentaux : une responsabilité politique de l'exécutif, une administration placée sous le contrôle de l'exécutif et un principe de légalité protégé par un juge indépendant et impartial. L'administration serait intrinsèquement démocratique, puisqu'elle « *émane d'une autorité politique démocratique selon un principe de causalité indirecte* »¹²⁶⁵. Comme l'énonce J.-B. Auby, « *fondamentalement, notre droit administratif, comme l'ensemble de notre droit public, repose sur une adhésion à la démocratie représentative et à la séparation des pouvoirs à la fois. C'est de leur rapport à la représentation nationale que les producteurs, les acteurs principaux du droit administratif tirent leur légitimité. Les autorités administratives, spécialement celles qui disposent de pouvoirs normatifs, sont investies de leurs pouvoirs par elle et placées sous son contrôle. Autorités de l'exécutif, c'est de leur situation d'exécutif que dérive leur légitimité démocratique (...). C'est leur obéissance à la loi qui fait des autorités administratives des organes démocratiques. Et cette obéissance à la loi les place dans un champ de forces unique qui converge vers la volonté nationale. L'intérêt général que ces autorités identifient n'est jamais qu'une parcelle de l'intérêt*

¹²⁶⁵ F. LAFARGE, F. LARAT et M. MANGENOT, « Introduction », in « La démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 7-12.

général global que formulent le Parlement et, sous son contrôle, le Gouvernement »¹²⁶⁶. L'administration tient son caractère démocratique non pas « de son organisation interne, mais de sa subordination par rapport aux élus politiques : aux élus, parés de la légitimité démocratique, de décider des orientations ; à l'administration, dotée de la compétence professionnelle, de les mettre en œuvre (...) : dès l'instant où elle prétendrait exercer elle-même un "pouvoir", elle perdrait son caractère démocratique »¹²⁶⁷. Partant, c'est parce qu'elle est strictement soumise la loi, expression de la volonté générale, que l'action de l'administration est nécessairement légitime.

199. Dans ce cadre, la préoccupation démocratique a pendant longtemps été absente dans la doctrine administrative, la laissant pour l'essentiel à la sphère politique et à la doctrine constitutionnelle au cours des XIX^e et XX^e siècles, jusque dans les années 1960-1970. En effet, développer des outils de participation du citoyen au stade de la décision administrative relèverait d'un oxymore, d'une contradiction dans l'esprit même du fonctionnement des institutions démocratiques. En présence de ces liens organiques (contrôle par l'exécutif et responsabilité de l'exécutif devant le Parlement) et matériel (contrôle du respect de la loi) entre l'administration et la représentation politique, la question de la légitimité démocratique de l'administration à exercer son pouvoir ne se pouvait pas réellement se poser. Il faut ici reprendre les propos de J. Rivero affirmant que « pour les libéraux du XIX^e siècle, héritiers de la pensée de 1789, l'administration n'avait pas de contenu intrinsèque : la notion d'exécution des lois l'enfermait tout entière ; dans la loi, elle trouvait son principe et sa limite ; assurer l'élaboration démocratique de la loi, en faire, par le jeu du suffrage et de la représentation, l'exacte expression de la volonté générale, c'était, ipso facto, étendre à l'action administrative le règne de la démocratie ; car obéir à l'administration, c'est obéir à la loi donc au peuple souverain. Dans cette optique, le respect de la légalité, assuré par le progrès du contrôle juridictionnel, est la condition nécessaire, mais suffisante, du caractère démocratique de l'action administrative ; il ne saurait être question d'introduire de la démocratie à l'intérieur même de mécanismes par lesquels s'élabore la décision administrative, puisque celle-ci est, par essence, réalisation de la souveraineté du peuple »¹²⁶⁸. La question démocratique se situe

¹²⁶⁶ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁶⁷ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁶⁸ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 825.

dès lors dans le seul fonctionnement des institutions politiques représentant le peuple ou la Nation et contrôlant l'administration, non pas dans le fonctionnement quotidien de cette dernière. En effet, « *ce que l'on attend de l'administration dans un régime démocratique, c'est d'abord et avant tout qu'elle mette scrupuleusement en œuvre les directives données par les pouvoirs publics représentatifs, le parlement et les autorités exécutives que celui-ci contrôle : en somme, qu'elle obéisse* »¹²⁶⁹. L'administration tire de cette fonction d'application unilatérale des règles fixées par les institutions politiques sa légitimité « *légale-rationnelle* », selon le modèle wébérien. Cette légitimité, l'administration la tient de longue date. Elle a depuis toujours, et bien avant l'apparition des démocraties modernes, été mise au service du Prince pour l'exécution des décisions prises au niveau politique, que ce soit le monarque ou désormais les instances représentatives élues par le peuple. L'administration s'est ainsi logiquement attachée à développer sa fonction de mise en œuvre des orientations décidées par la sphère politique¹²⁷⁰ et, partant, s'est efforcée de déployer progressivement une organisation bureaucratique qui s'est imposée à la fin du XIX^e siècle. Dès lors, comme l'évoque J. Chevallier, s'est opérée « *une distinction tranchée entre les responsabilités de direction politique, assumées par des élus dans le cadre d'un système représentatif, et les activités de gestion administrative, incombant à des professionnels qualifiés, insérés dans un appareil structuré, cohérent et discipliné* »¹²⁷¹. Ainsi « *parler de "démocratie administrative" reviendrait à confondre deux sphères que la construction de l'État moderne a abouti précisément à dissocier : elle impliquerait dès lors, soit une perversion de l'idéal démocratique, soit une politisation du fonctionnement administratif, et plus probablement encore la combinaison des deux* »¹²⁷². C'est la raison pour laquelle en adoptant une forme bureaucratique, l'administration s'est volontairement protégée ou isolée de toutes les influences extérieures provenant du milieu social dans lequel elle s'insère, en vue de parer à tout conflit de légitimité démocratique.

¹²⁶⁹ J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 13.

¹²⁷⁰ F. LAFARGE, F. LARAT et M. MANGENOT, « Introduction », *op. cit.*

¹²⁷¹ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁷² *Idem.*

2) *Une participation citoyenne de nature à créer un conflit de légitimité entre deux expressions du peuple souverain*

200. Dans ce schéma traditionnel de la démocratie représentative, octroyer à l'administration une faculté de prendre l'avis du citoyen induirait une latitude, un pouvoir propre pour l'administration impliquant que sa mission ne consisterait plus uniquement à exécuter la volonté générale. Mais surtout la promotion d'un fonctionnement démocratique de l'administration suggérerait l'existence d'autres sources de légitimité que celle qui provient de l'élection des représentants du peuple ou de la Nation, « *faire penser, en d'autres termes, que ce circuit-là n'est pas suffisant pour épuiser la légitimation* »¹²⁷³. Or, comme le démontre notamment B. Daugeron, « *si la démocratie consiste à demander son avis au citoyen ou même à l'administré sur la décision qui le concerne, alors la chose est inutile car il est déjà censé l'avoir donné par le simple fait d'être assujéti à la volonté du peuple à laquelle il se soumet au nom de sa propre liberté et de laquelle sont censées découler les prérogatives de l'État : il ne saurait y avoir deux fondements démocratiques au fonctionnement de l'administration (...). Sur le plan théorique, il n'y donc pas de démocratie, mais pas davantage de représentation autonome possible au niveau du pouvoir exécutif et de son instrument, l'administration, quel que soit son mode de désignation dès lors que l'on s'en tient aux conceptions traditionnelles de la démocratie et de la représentation issues de la théorie révolutionnaire de l'État. Dès lors, nul besoin d'une réaffirmation du principe démocratique au stade de son exécution. D'abord parce que cela constituerait une sorte de doublon théorique : il ne saurait exister deux affirmations initiales et successives de la volonté générale ; ensuite parce que cela introduirait même le risque d'une sorte de dualité de volontés dans l'État : comment tolérer deux expressions concurrentes de la volonté du peuple sans menacer l'unité de sa souveraineté ?* »¹²⁷⁴. La question de la légitimité démocratique de l'administration n'étant pas pertinente au regard de cette théorie classique de la démocratie représentative, il n'est nul besoin et il est même inconcevable de prévoir des dispositifs complémentaires d'association du citoyen au stade de l'exécution de cette même volonté générale. La distinction et la coexistence entre la sphère politique, fondée sur le principe de l'élection, et la sphère administrative, fondée sur un principe bureaucratique, est alors vue comme indispensable au bon fonctionnement de l'État

¹²⁷³ J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁷⁴ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

et de la démocratie. Dans ce schéma, le lien entre le citoyen et son administration est nécessairement assuré par le lien entre l'administration et la volonté générale. Et si le citoyen intervient par la voie de ses représentants élus dans l'ordre politique, il ne peut dans l'ordre administratif que rester cantonné à un rôle de simple sujet passif, de simple administré tenu d'obéir à l'action unilatérale de l'administration¹²⁷⁵, chargée de mettre en œuvre les décisions prises légitimement au nom du peuple ou de la Nation. Comme l'évoque B. Daugeron, « *du point de vue juridique, les administrés ne sont pas le peuple, cet être juridique titulaire de la souveraineté auquel sont imputées les décisions des organes de l'État chargés de parler et d'agir en son nom, et qui, pour cette raison, est dit détenir le pouvoir. Ils ne sont jamais que les destinataires des décisions de l'administration au sens le plus large du terme, voire les simples usagers de services publics* »¹²⁷⁶. Le citoyen ne peut alors s'exprimer individuellement que par le mécanisme électoral ou le mécanisme référendaire. Face à l'administration, il se transforme naturellement en simple administré.

201. Malgré sa cohérence apparente, ce schéma représentatif classique a été fortement remis en cause depuis les années 1960-1970 au point d'aboutir à un changement de paradigme. Certes, pendant longtemps, le schéma classique de la démocratie représentative a pu justifier la mise en place d'une administration fonctionnant dans une stricte relation de subordination aux autorités politiques, de sorte que l'association du citoyen au stade de la décision administrative relevait d'un non-sens. Cependant, s'il a pu trouver une véritable cohérence pour la mise en œuvre d'une démocratie représentative idéale, ce schéma reste surtout un fantasme qui ne correspond plus à la réalité et à l'évolution du fonctionnement de la démocratie contemporaine. Les fondations sur lesquelles ce schéma repose sont aujourd'hui largement déstabilisées sur plusieurs points, ce qui exige un renfort qui a été trouvé du côté de la promotion de la démocratie administrative.

¹²⁷⁵ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 825.

¹²⁷⁶ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

B – La mise en lumière des défaillances pratiques du schéma traditionnel

202. Dans le cadre du schéma classique, nous avons vu que l'administration tient sa légitimité démocratique à agir par voie unilatérale de son rapport à la loi. Comme l'indique B. Delaunay, la légitimité démocratique de l'administration à agir par voie unilatérale repose sur « *deux mythes : celui selon lequel l'administration n'est qu'un simple outil au service du pouvoir politique ; et celui en vertu duquel elle est soumise au contrôle du corps politique, soit directement par les citoyens lorsque les autorités compétentes sont élues, soit par leurs représentants au Parlement* »¹²⁷⁷. Or, la remise en cause, à partir des années 1960-1970, du fonctionnement bureaucratique de l'administration est issue du constat d'une évolution dans le fonctionnement moderne de la démocratie ayant conduit à distendre le lien entre l'administration et le citoyen médiatisé par le schéma classique de la démocratie représentative. Ce lien a été doublement affecté au plan organique par l'affaiblissement du contrôle parlementaire sur l'exécutif (1) et au plan matériel par le développement d'un pouvoir normatif administratif relativisant la fonction purement exécutive de l'administration (2). C'est donc l'ensemble des fondements du modèle classique de la légitimité démocratique de l'administration qui est remis en cause, ce qui a ouvert la voie au développement de la démocratie administrative.

1) L'affaiblissement du contrôle parlementaire sur l'exécutif

203. Au plan organique, force est de constater que le contrôle parlementaire sur l'Exécutif, qui contrôle lui-même l'administration, s'il se perpétue sur un plan théorique, a été fortement relativisé dans de nombreux régimes politiques modernes et particulièrement en France.

L'idée d'une responsabilité politique de l'exécutif vis-à-vis du Parlement reste un fondement du régime parlementaire de la V^e République. Mais, dans la pratique, l'esprit des institutions conduit à affirmer que l'exécutif, et au premier chef le Président de la République, domine le fonctionnement politique des institutions face à un parlementarisme rationalisé, spécialement depuis l'apparition du fait majoritaire en 1962. Les avancées issues des réformes

¹²⁷⁷ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 32.

constitutionnelles successives n'ont rien changé à cela. Dès lors, il ne peut plus être affirmé avec autant de force que la légitimité démocratique de l'administration réside dans le fait d'être placée sous le contrôle de l'exécutif, lui-même responsable devant la représentation nationale. Comme l'évoque J.-B. Auby, « *on ne peut pas (...) tenir pour négligeable le fait que, sous la Ve République, l'exécutif est tout sauf un pur exécutant. Véritable inspirateur des politiques publiques dans une très large mesure, disposant de façon évidente d'une très grande marge de manœuvre dans leur mise en œuvre en tous les cas, il offre au regard du droit administratif la face d'un acteur puissant, nullement celle d'une force facile à contenir* »¹²⁷⁸.

En outre, du fait de la diversification des formes d'administrations, certaines d'entre-elles ne sont désormais plus placées sous le contrôle direct de l'exécutif. Il en va ainsi des collectivités territoriales. Quand bien même l'État contrôle la légalité des décisions locales, il n'existe ici plus de lien entre la représentation nationale et les collectivités territoriales, au nom de leur libre administration. Il n'y a cependant pas ici de remise en cause d'une quelconque légitimité démocratique, puisque les collectivités territoriales sont dirigées par des organes élus au suffrage universel direct. Le problème se pose réellement vis-à-vis des autorités administratives indépendantes qui, certes nommées par des autorités politiques, sont indépendantes dans leur fonctionnement, ce qui leur permet d'assurer leur fonction de régulation d'un secteur de la vie économique et sociale. Si ces autorités administratives indépendantes peuvent être vues comme « *des segments de l'exécutif placés sous le contrôle de la représentation nationale* »¹²⁷⁹, il n'existe cependant pas de système organisé de responsabilité politique devant le Parlement. Se pose donc la question du contrôle démocratique de ces institutions dans le schéma classique de la démocratie représentative. Tout au plus, le titre IV de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général¹²⁸⁰ les oblige à rendre compte de leur activité. Dès lors, pour ces autorités administratives indépendantes, seul le contrôle juridictionnel de leurs actes permet un rattachement concret avec la volonté générale. Or, les décisions administratives de ces autorités indépendantes, comme celles de l'ensemble des autorités administratives, témoignent de l'existence d'un véritable pouvoir administratif qui n'est plus réduit à de simples tâches d'exécution.

¹²⁷⁸ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁷⁹ *Idem.*

¹²⁸⁰ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JO*, n° 0018, 21 janvier 2017.

2) *Le développement d'un pouvoir normatif administratif*

204. Le schéma classique est également grevé de faiblesses pratiques d'un point de vue matériel, puisque le rôle de l'exécutif et de son administration ne se borne plus depuis bien longtemps à appliquer strictement les lois votées par le Parlement.

Depuis des décennies, le légicentrisme ne constitue en effet plus la référence absolue ; la loi a perdu de sa superbe. L'administration ne doit désormais plus obéir à la loi lorsque celle-ci méconnaît d'abord la norme constitutionnelle. Mais, étant elle-même adoptée selon des codes démocratiques, soit directement par le peuple, soit par ses représentants réunis en Congrès, il n'y a pas là d'altération du schéma classique, puisque la Constitution représente une parcelle de la volonté générale à un niveau supra-législatif. La question est plus aiguë s'agissant des normes supra-nationales où le rattachement à la volonté générale nationale est plus discutable, quoique pas inexistant. Les conventions internationales ne sont-elles pas ratifiées ou approuvées après autorisation du Parlement ? Oui, mais l'intervention du Parlement n'est requise que dans le cadre de l'article 53 de la Constitution¹²⁸¹. Les conventions internationales ne doivent-elles pas respecter la Constitution ? Oui, mais encore faut-il que le Conseil constitutionnel ait été préalablement saisi¹²⁸². Et que dire du droit de l'Union européenne fondé sur un principe d'intégration supra-nationale ?

Parallèlement à ces nombreux tempéraments au légicentrisme, il faut surtout ici constater le rôle désormais prépondérant de l'exécutif et de son administration dans la fabrique de la loi et « *dans les mécanismes internes de sécrétion des normes et politiques administratives* »¹²⁸³. Le Parlement n'est plus le lieu d'incubation des politiques publiques mises en œuvre par l'exécutif et son administration. Jusqu'au XX^e siècle, à l'exception des périodes impériales et monarchiques, le pouvoir législatif a toujours été l'apanage quasi-

¹²⁸¹ Article 53 de la Constitution : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.*

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ».

¹²⁸² Article 54 de la Constitution : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».*

¹²⁸³ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

exclusif du Parlement¹²⁸⁴. Mais progressivement, à partir de la III^e République, le rôle de l'exécutif croît au détriment du pouvoir parlementaire. Dans les démocraties contemporaines, l'exécutif est généralement à la manœuvre. À l'instar des propos de J.-B. Auby, « *nous sommes (...) instruits – ou nous devrions l'être – de ce que, dans les sociétés contemporaines, les rouages gouvernementaux et administratifs ont conquis, dans les processus de décision publique, une place essentielle. Leur rôle est devenu capital dans la production des politiques, comme dans la garantie des équilibres économiques et sociaux* »¹²⁸⁵. Cette situation se caractérise d'abord par le poids important de l'exécutif et indirectement de son administration pour l'initiative des lois et au cours de la procédure parlementaire. Le rôle du Parlement, s'il ne se borne pas à être une chambre d'enregistrement, reste pour l'essentiel encore dépendant des choix effectués par l'exécutif qui maîtrise le processus délibératif. Il en ressort que, tout en appliquant la loi (*lato sensu*), l'exécutif se borne concrètement à mettre en œuvre sa propre volonté politique.

Enfin, avec le développement de l'interventionnisme étatique, l'exécutif et son administration se sont vu octroyer de nombreux pouvoirs normatifs propres permettant de se dégager du lien contraignant avec la volonté générale. Ainsi en va-t-il du pouvoir réglementaire autonome, des compétences déléguées par la loi et des règlements d'application des lois au contenu normatif très lâche, comme les lois d'orientation, les lois-cadres et les lois de programmation, fixant simplement des objectifs et offrant à l'administration une large liberté d'action et d'appréciation. Alors que le schéma traditionnel minore son poids réel, la décision administrative, qu'elle soit réglementaire, d'espèce ou individuelle, ne se borne plus à être le pur et simple produit de la loi. « *La notion d'exécution des lois n'enferme plus le pouvoir administratif* »¹²⁸⁶. La loi se limite aujourd'hui souvent à offrir un simple cadre d'action à l'administration et des garanties aux individus, ce qui « *vient rendre manifeste le caractère théorique de la notion de pouvoir exécutif* »¹²⁸⁷. Le pouvoir administratif ne consiste plus simplement « *à faire usage des facultés d'appréciation et de décision* »¹²⁸⁸ reçues de textes législatifs fixant les limites et conditions auxquelles l'exercice de ce pouvoir est soumis. Contrairement au schéma classique, il n'est plus possible d'affirmer que la décision administrative n'a pas de contenu propre. La prise d'une décision administrative peut tout à fait

¹²⁸⁴ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 226.

¹²⁸⁵ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁸⁶ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 22.

¹²⁸⁷ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 825.

¹²⁸⁸ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 224.

impliquer l'exercice d'un véritable discrétionnaire comme l'exercice d'un pouvoir normatif de nature administrative.

205. Cette marge de manœuvre laissée à la décision administrative, cette capacité normative offerte à l'administration, contribue à distendre le lien entre l'administration et la volonté générale, ce qui pose logiquement la question de sa légitimité démocratique. On le voit, compte tenu de l'autonomie dont bénéficie l'administration, on ne peut plus s'en tenir à la théorie classique selon laquelle l'administration est démocratique parce qu'elle est contenue par la puissance du législateur. Ainsi, « *cette chaîne d'emprisonnement démocratique de l'administration qui tient à l'obligation d'obéissance à la loi, cette chaîne-là est bien en partie rompue* »¹²⁸⁹. La prise en compte de ces défaillances du schéma classique de la démocratie représentative a logiquement conduit à poser la question de la légitimité démocratique de l'administration en l'absence d'obéissance stricte à la volonté générale et à remettre en cause le modèle bureaucratique de l'administration fonctionnant en circuit fermé. Comme l'évoquait G. Isaac, « *cette redistribution de la fonction législative au profit des organes gouvernementaux, tant par leur participation prépondérante à la procédure législative que par le transfert provisoire d'abord et désormais définitif de larges pans de la réglementation juridique à leur discrétion, pose en conséquence de manière pressante la question de la démocratisation des nouveaux centres de décisions ou, en tous cas, d'élaboration des règles* »¹²⁹⁰. C'est alors tout la philosophie du refus d'ouvrir l'administration sur la société civile qui vole en éclat. Pour G. Isaac, « *les nécessités de son exercice ayant fait passer le pouvoir entre les mains de l'administration, il convient d'y faire suivre la démocratie* »¹²⁹¹. Dès lors, le transfert du pouvoir normatif au profit de l'autorité administrative ne peut être légitime que s'il est accompagné de procédés d'intervention démocratique du citoyen. La participation du citoyen à la prise de décision administrative apparaît dès lors comme le remède permettant de garantir à l'administration une nouvelle légitimité démocratique lorsque le lien avec la volonté générale est remis en question. La participation du citoyen est alors vue comme l'instrument permettant de placer l'administration sous contrôle, de sorte que « *le pouvoir administratif voit sa latitude d'agir seul, limitée par la participation de la société* »¹²⁹². Le

¹²⁸⁹ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁹⁰ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 228.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 230.

¹²⁹² P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *op. cit.*, p. 138.

modèle de la démocratie administrative alors promu par la doctrine, permettant cette implication du citoyen, en ressort comme le complément, le correctif nécessaire à la démocratie représentative pour en compenser les faiblesses pratiques.

Or, malgré cette logique qui conduit naturellement à promouvoir la démocratie administrative, il semble que là n'est pas la cause décisive du développement de nouveaux outils permettant de garantir le fonctionnement démocratique de l'administration par la participation citoyenne, apparus à partir des années 1970 très progressivement. Comme le constatait J. Rivero, alors que ces défaillances du schéma classique de la démocratie représentative sont apparues au début du XX^e siècle, « *ni l'opinion, ni la doctrine, pourtant, ne s'en sont alarmées* »¹²⁹³. Mis à part le développement de la démocratie économique et sociale à la Libération, les faiblesses structurelles de la démocratie représentative n'ont pas été rapidement compensées par une remise en cause du fonctionnement bureaucratique de l'administration et par la promotion juridique des outils de la participation citoyenne. L'essentiel du développement de la démocratie administrative semble avoir davantage pour origine l'apparition très progressive d'une mutation dans l'idée même de ce que signifie la légitimité démocratique ; mutation permise par cette remise en cause du schéma traditionnel de la démocratie représentative. L'axe central de cette question de la légitimité démocratique dans la société contemporaine s'est en effet quelque peu déplacé. Il ne réside plus véritablement, ou plus exclusivement, dans le schéma de la démocratie représentative, c'est-à-dire dans un rapport à la volonté générale secrétée par le législateur. L'évolution de la pensée politique et de l'opinion publique tend aujourd'hui à percevoir la légitimité démocratique sur un fondement autre accordant à la démocratie administrative une place centrale et non pas accessoire.

§ 2 – La mutation de la légitimité démocratique ou l'insuffisance de la démocratie représentative

206. Le constat des défaillances pratiques du schéma traditionnel de la légitimité démocratique ne justifie pas par lui-même le développement des outils de la démocratie administrative, mais il a ouvert la voie à la construction d'une nouvelle théorie. La théorie

¹²⁹³ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 825.

moderne de la légitimité démocratique dépasse aujourd'hui largement le strict cadre proposé par le schéma de la démocratie représentative, à savoir l'idée selon laquelle seuls les représentants du peuple, de la Nation, seraient habilités à déterminer la volonté générale en son nom et selon laquelle il serait inutile de prévoir des dispositifs permettant l'implication du citoyen au stade des décisions administratives, simplement chargées d'appliquer la loi. À la suite d'une mutation théorique progressive, cette vision est devenue tout à fait insuffisante pour garantir la légitimité démocratique de l'administration et plus largement de l'ensemble des pouvoirs publics. Dans une conception moderne de la légitimité démocratique, la participation citoyenne se voit accorder une place centrale pour deux raisons différentes. D'un point de vue théorique, elle concrétise la recherche d'un consentement plus direct et immédiat de la part du citoyen, qui ne souhaite plus se borner à élire ses représentants (A). D'un point de vue plus pratique, la participation citoyenne apparaît aussi comme un instrument pour résoudre la crise de confiance qui affecte la démocratie représentative contemporaine, se traduisant par un désenchantement et une abstention grandissante (B).

A – La promotion de la participation citoyenne comme expression d'un consentement populaire

207. Avec le temps, le sens donné à la démocratie a évolué. Alors que la démocratie s'analysait selon les révolutionnaires comme un principe de souveraineté, ou un simple « *mode de désignation du pouvoir* »¹²⁹⁴, elle est progressivement devenue un « *mode d'exercice du pouvoir* »¹²⁹⁵. Pour schématiser, on estime désormais que deux composantes caractérisent la conception moderne de la légitimité de la décision démocratique. En effet, pour qu'elle soit légitime, toute décision doit s'inscrire dans le cadre de deux composantes de la démocratie : la démocratie substantielle et la démocratie procédurale ou formelle. Certes inscrites dans des directions opposées, ces deux composantes de la légitimité démocratique ne sont pas sans entretenir des liens étroits.

D'une part, pour qu'elle soit vue comme démocratique, la décision publique doit répondre à la conception substantielle de la démocratie. Pour ce faire, elle doit respecter la

¹²⁹⁴ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 828-829.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 829.

conception elle-même substantielle de l'État de droit propre à garantir les libertés et droits fondamentaux. Ce que l'on appelle aussi la démocratie libérale s'est essentiellement développée à partir des années 1980, à travers l'accent mis sur les valeurs fondamentales de la liberté, de l'égalité et de l'épanouissement individuel. Ainsi « *l'idée d'une "démocratie juridique", dans laquelle la liberté de décision des élus est encadrée par l'existence de normes juridiques, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge, conduit à relativiser la légitimité tirée de l'élection – première brèche dans la théorie classique du gouvernement représentatif* »¹²⁹⁶. Généralement, un État qui porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux est considéré comme un État non démocratique même si son fonctionnement repose sur un système électoral. Il faut ici pour exemple citer le cas classique de la Russie et des États européens qui tendent à sortir du giron démocratique comme la Pologne et la Hongrie, en limitant l'égalité électorale et l'indépendance de la justice¹²⁹⁷. Pour qu'elle soit démocratique, la décision doit aussi et plus précisément respecter un ensemble de valeurs prédéfinies : la décision doit ainsi être de qualité, viser le bien, la justice ou encore l'efficacité. Partant, la démocratie est considérée comme un processus continu en éternelle construction, un idéal à atteindre dans chaque secteur de la vie économique et sociale. La démocratie se construit au quotidien, elle ne se décrète pas par le simple fonctionnement des institutions publiques.

Mais, pour qu'elle soit démocratique, la décision publique doit d'autre part s'inscrire dans le cadre de la conception procédurale ou formelle de la démocratie, qui ne se limite pas au strict cadre électif et au fonctionnement des institutions politiques. Comme le rappelle J.-B. Auby, « *la réflexion contemporaine sur les mécanismes de la démocratie nous révèle à l'envi combien les seuls mécanismes de l'élection et de la démocratie représentative sont impuissants à produire de la vie démocratique à un niveau d'intensité suffisant* »¹²⁹⁸. Pour qu'elle soit démocratique, une décision doit être certes prise par une autorité élue par les citoyens ou sous le contrôle d'une autorité issue de la représentation politique (voire par le peuple lui-même), mais elle doit aussi être soumise à un processus permettant d'impliquer plus directement le citoyen, que ce soit pour participer activement à l'élaboration de la décision ou pour assurer un contrôle de l'action des autorités publiques. La démocratie moderne est ainsi rattachée à l'idée d'association des citoyens sous toutes ses formes. Pour qu'elle soit

¹²⁹⁶ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.*

¹²⁹⁷ Pour esquiver la critique, le premier ministre Hongrois V. Orban parle lui-même de « démocratie illibérale » pour caractériser son régime. Sur ce point, voir J. RUPNIK, « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit*, n° 6, 2017, p. 69-85.

¹²⁹⁸ J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *op. cit.*

démocratique, il faut que la décision publique démontre par son processus d'élaboration qu'elle peut revendiquer cette qualité. Pour les tenants de la démocratie administrative, la source nouvelle de la légitimité démocratique est à trouver du côté de la recherche du consentement des citoyens (1). Dès lors, la participation citoyenne ne s'épuise plus au niveau de la loi, « *expression exclusivement de la souveraineté nationale* »¹²⁹⁹, mais elle doit pouvoir s'exprimer de façon plus directe et plus immédiate au stade de l'élaboration des décisions publiques, qu'elles soient législatives ou administratives, ce qui justifie le développement d'une administration ouverte dans son fonctionnement quotidien (2).

1) *Le consentement à la norme comme nouvelle source de légitimité démocratique*

208. L'idée selon laquelle la volonté générale et l'intérêt général pourraient être déterminés sans recherche d'une forme de consentement des citoyens ne peut plus être tenue dans les démocraties modernes. Certes, « *la question du consentement à la norme, quelle qu'elle soit, n'est pas étrangère à la théorie classique du pouvoir administratif unilatéral. Ainsi, c'est le consentement des citoyens à la loi qui emportait celui des administrés au pouvoir de décision unilatérale. Simplement, les nouvelles exigences en la matière semblent davantage inscrire le consentement dans un processus d'immédiateté qui est, lui, étranger à cette théorie classique* »¹³⁰⁰. La société civile revendique depuis plusieurs décennies maintenant un droit de participer activement au processus décisionnel. Ainsi, les pratiques administratives du secret et de l'unilatéralité, même pour la stricte application de la loi, ne peuvent plus être aujourd'hui tolérées et vues comme implicitement revêtues d'une légitimité démocratique. Il faudrait désormais que les citoyens soient associés à l'élaboration des décisions publiques. Pour B. Daugeron, cette mutation de la théorie de la légitimité démocratique consiste « *dans l'idée que l'action de l'administration appelle une ratification populaire qui se trouverait ailleurs que dans la volonté générale exprimée dans la loi que l'administration a pour charge*

¹²⁹⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 132.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 168-169.

d'exécuter »¹³⁰¹. Cette demande de ratification populaire est le fruit de deux évolutions théoriques successives se détachant largement du schéma représentatif.

209. La première étape a été « *le passage d'une conception normative de la volonté, donc de la souveraineté, à une conception que l'on pourrait qualifier de suffragiste* »¹³⁰², selon laquelle l'introduction progressive du suffrage universel va rénover le concept de souveraineté autour du suffrage. Le peuple exercerait désormais sa souveraineté, non pas indirectement au travers de ses représentants élus, mais par l'usage de la votation, du suffrage, vu comme une manifestation de volonté et une onction populaire. Autrement dit, c'est par le vote que le peuple exercerait sa souveraineté. Il y aurait ainsi une démocratie, non plus parce que le peuple est gouverné par des autorités publiques qui le représentent, mais parce que le peuple s'exprime par la voix du suffrage. Pour A. Mestre, la démocratisation de l'administration pouvait se définir, par référence à la démocratie politique, « *comme la remise du pouvoir de décision administrative à des représentants issus du peuple* »¹³⁰³. Inversement, « *une action dépourvue de cette ratification populaire sera dès lors soupçonnée de n'être pas démocratique* »¹³⁰⁴. S'opère ainsi une première liaison entre la démocratie et l'élection¹³⁰⁵. « *Une entité est jugée démocratique si elle est représentative* »¹³⁰⁶. C'est dans ce cadre qu'ont été développées les administrations élues. Ainsi en va-t-il de l'élection au suffrage universel direct du Président de la République et des membres des organes délibérants des collectivités territoriales. Mais il n'y a pas là encore de justification à la participation du citoyen au stade de la prise de la décision, cette participation étant épuisée par l'élection. On ne s'éloigne pas encore véritablement du schéma classique de la démocratie représentative, justifiant le fonctionnement bureaucratique de l'administration. Comme l'énonce Ch. Testard, « *malgré son impact évident sur la perception du phénomène démocratique, cette mutation n'en est pas plus favorable à l'émergence de la démocratie administrative. En effet, le développement du suffrage n'a pour conséquence que d'ériger le monopole de l'élection comme source de légitimité. C'est bien ici que se trouve l'origine de l'identité entre représentation et démocratie, qui va perdurer jusqu'à*

¹³⁰¹ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

¹³⁰² *Idem.*

¹³⁰³ A. MESTRE, « La Démocratie administrative », *op. cit.*, p. 562.

¹³⁰⁴ *Idem.*

¹³⁰⁵ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

¹³⁰⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 132.

la seconde moitié du XXe siècle »¹³⁰⁷. La participation reste encore cantonnée au processus électif.

210. Cette conception d'une souveraineté par le suffrage, vu comme une onction populaire, va petit à petit évoluer vers la promotion d'une nouvelle forme de participation via la consultation du citoyen préalablement à la prise des décisions. Si la démocratie implique le consentement du peuple, ce dernier peut tout aussi bien être exprimé par le suffrage que par d'autres procédés d'association plus courants et plus immédiats. Désormais, pour que l'administration soit démocratique, il ne suffit plus qu'elle exécute la volonté générale, il faut qu'elle se fonde sur le consentement des gouvernés, d'abord en s'attachant à exécuter les décisions des autorités politiques élues, mais aussi ensuite en prenant soin de prendre en compte le point de vue de ceux à qui elle s'adresse. Autrement dit, « *ce n'est plus la soumission à la volonté générale qui atteste du consentement populaire, mais les conditions de désignation de ceux qui l'expriment et la manière dont elle est ratifiée* »¹³⁰⁸. Ainsi, « *pour qu'un organe ou qu'un pouvoir soit considéré comme démocratique, il sera désormais nécessaire de le confronter à l'idée d'une participation du peuple, d'abord exprimée par le suffrage, principal canal, pensera-t-on désormais, de la démocratie, puis, plus largement par tout moyen de consultation ou d'association à l'élaboration de la norme de ceux à qui elle s'impose* »¹³⁰⁹. Et « *plus le rapport avec le souverain – regardé comme ne faisant qu'un avec le corps électoral puis avec les citoyens et même les administrés – sera étroit, plus le pouvoir ou l'organe sera réputé être "démocratique"* »¹³¹⁰. La participation du citoyen à la décision administrative est alors vue, non comme un palliatif de la démocratie représentative, mais comme le complément naturel du suffrage, en tant que mode d'expression du consentement populaire. Dans cette conception moderne de la démocratie, « *le commandement n'est légitime que s'il est approuvé par ses destinataires* »¹³¹¹. Cette situation s'explique « *parce que le fondement est le même : l'idée que la démocratie se situe dans le fait de recueillir le consentement des citoyens censés pouvoir se trouver ailleurs que dans la volonté générale édictée en forme de loi. Apparemment distincts, les concepts ont en réalité les mêmes soubassements théoriques : l'existence d'une*

¹³⁰⁷ *Idem.*

¹³⁰⁸ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

¹³⁰⁹ *Idem.*

¹³¹⁰ *Idem.*

¹³¹¹ *Idem.*

expression para-légale de volonté du peuple qui trouvera son expression ultime dans le fait de regarder l'association des citoyens aux décisions administratives comme une expression de la démocratie, puisque produit du consentement des gouvernés-administrés bientôt réputés devoir ne faire plus qu'un »¹³¹². G. Isaac indiquait à ce titre que « *l'idéal démocratique de l'adéquation maximum des gouvernants et des gouvernés veut que ce soit dans tous les domaines que le citoyen ait le droit de participer à la gestion des affaires qui le concernent directement ou indirectement. Traduit en termes juridiques, il signifie que le citoyen n'est libre que s'il participe activement à l'élaboration de l'ordre juridique tout entier auquel il est soumis* »¹³¹³. La logique représentative, sans être abandonnée, est concurrencée. Dans une vision contemporaine, la démocratie doit être tout aussi bien représentative que participative. Ce faisant, la démocratie cesse d'être un simple « *principe fondateur* » et devient aussi « *un ensemble de procédures visant à légitimer le pouvoir* »¹³¹⁴. En d'autres termes, « *ce qui change avec la démocratie administrative ce n'est pas tant la place de la participation mais bien la question de la nature des participants et d'autre part des modalités de cette participation* », devant désormais être plus directe et immédiate¹³¹⁵.

211. Cette quête du consentement citoyen à l'action des pouvoirs publics est le fruit d'une évolution très progressive qui a conduit à l'apparition d'une société moderne rejetant son assujettissement par les pouvoirs publics, désormais invités à reconnaître le citoyen dans tous ses aspects. Comme le rappelle J. Morand-Deville, cette mutation de la légitimité démocratique n'est pas le fruit d'une évolution naturelle, mais d'un profond mouvement issu de la société civile. En effet, « *la prise de conscience de l'irrésistibilité d'une démocratie de la participation par les milieux politiques ne fut pas spontanée. Elle ne s'est produite que grâce à une forte pression extérieure dont les principaux protagonistes furent les associations (...). Les importantes réformes (...) tendant à l'amélioration des relations entre les administrés et leurs administrations n'auraient pu voir le jour si l'impulsion n'en avait été donnée par les citoyens eux-mêmes, forçant les experts à un partage du savoir et du pouvoir* »¹³¹⁶. Le citoyen n'est plus vu, et ne se voit lui-même plus, comme le simple détenteur du droit de vote. Ce citoyen abstrait

¹³¹² *Idem.*

¹³¹³ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 221.

¹³¹⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 132.

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 183.

¹³¹⁶ J. MORAND-DEVILLER, « La concertation : une simple reconnaissance ou une nouvelle obligation ? », *RA*, n° 231, mai-juin 1986, p. 324-326.

se tient à côté du citoyen concret, c'est-à-dire l'administré lorsqu'il est en rapport avec l'administration. Et parce qu'il dispose du droit de consentir à l'action des pouvoirs publics, il doit pouvoir aussi s'exprimer vis-à-vis des décisions prises par l'administration, ce que traduisent les expressions de « citoyenneté administrative » et de « citoyen administratif ». La citoyenneté ne s'exerce alors plus uniquement dans le champ politique, mais aussi vis-à-vis de l'administration par recours à d'autres modalités d'émission du consentement. « *Là, sans doute, se dévoile le processus de pensée aboutissant à voir dans l'association des administrés à la prise de décisions publiques une expression de démocratie : une démocratie se situant dans le suffrage lui-même élargi à toutes les formes de participation (...) permettant, par divers procédés, d'attester d'une prise en compte de la volonté des gouvernés dans les décisions qui s'imposent à eux, puis de proche en proche, de celle des administrés* »¹³¹⁷. Dès lors, le citoyen ne peut plus rester assujéti la seule volonté des autorités publiques qui le représentent. Le citoyen aspire à l'exercice de sa souveraineté par la participation à la prise des décisions publiques, ce qui contraint l'administration à accorder une place à la société civile dans son fonctionnement quotidien.

2) *Une conception moderne justifiant le développement d'une administration ouverte dans son fonctionnement quotidien*

212. Cette mutation de la légitimité démocratique et de la citoyenneté impacte nécessairement le fonctionnement de l'administration. On le voit, la démocratie politique ne dispense plus aujourd'hui d'une démocratisation de l'administration elle-même¹³¹⁸. Puisqu'elle ne procède pas directement de l'élection, « *l'administration sera désormais soupçonnée de n'être pas suffisamment démocratique, autrement dit pas suffisamment soucieuse de recueillir le consentement ou dira-t-on l'adhésion d'administrés réputés devoir le donner pour ne pas le demeurer et devenir des citoyens* »¹³¹⁹. Elle doit dès lors adopter des principes d'action et des procédures d'inspiration démocratique, à savoir « *l'adéquation maximum des gouvernants et*

¹³¹⁷ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

¹³¹⁸ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 221.

¹³¹⁹ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

des gouvernés »¹³²⁰. Ainsi, la mise en place d'un processus participatif est censée « *attester que la décision n'est pas prise au mépris de la volonté de l'administré, déclinaison de l'idée que la démocratie se situe dans un consentement extérieur à la norme* »¹³²¹. Plus la participation est régulière, ouverte, précoce et décisionnelle¹³²², et plus la décision administrative sera démocratique. Cette mutation idéologique implique l'existence d'une « *démocratie au quotidien* »¹³²³, qui ne peut pas se structurer sur le seul mécanisme de l'élection. Comme l'évoquait G. Isaac, « *la technique de la démocratie administrative procédurale permet d'organiser la participation la plus quotidienne et la plus directe, la plus proche des administrés (...). Loin de ne s'exercer que périodiquement par le dépôt d'un bulletin de vote, la démocratie est appliquée à l'élaboration des mesures incessamment prises par les différentes autorités administratives. La démocratisation est, sous cette forme, quotidienne dans le temps et totalement décentralisée dans l'espace. Ce n'est plus exceptionnellement que le citoyen ou l'administré se voit, dans ses rapports avec la puissance publique, traiter comme une personne et demander son avis ; c'est chaque fois qu'il entre en contact avec elle, chaque fois qu'il est vraiment concerné par un acte de l'administration* »¹³²⁴. Ainsi, « *tant par le niveau auquel elle injecte la sève démocratique que par la gamme des procédés qu'elle offre à cette fin, la démocratie procédurale ne saurait constituer une forme mineure de la démocratie* »¹³²⁵.

Il revient alors à l'administration la charge d'assurer ce fonctionnement démocratique au jour le jour en permettant toujours davantage l'implication active du citoyen dans tous les secteurs d'intervention de l'administration. C'est la raison pour laquelle la démocratie se décline dans de nombreux secteurs. On pense ainsi à la démocratie économique et sociale, sanitaire, environnementale, locale, universitaire ou encore lycéenne. Il n'est nul besoin de prouver à quel point il serait aujourd'hui inconcevable d'adopter une réforme du travail ou de la sécurité sociale sans consulter les partenaires sociaux, à savoir les représentants des employeurs, des travailleurs indépendants et des salariés. Pareillement, toute modification de la législation ou de la réglementation applicable à un secteur de la vie économique ou sociale ne pourrait se concevoir dans les seuls bureaux d'un ministère ou d'une administration et sans

¹³²⁰ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 822.

¹³²¹ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

¹³²² Il pourrait y avoir un hiatus à promouvoir sur un même plan une participation précoce et décisionnelle, mais ces deux aspects ne sont pas nécessairement contradictoires. Dans l'idéal, serait vu comme parfaitement démocratique une décision conçue en concertation avec les citoyens puis soumise à leur approbation.

¹³²³ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.*

¹³²⁴ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 242.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 243.

phases préalable de concertation ou de consultation avec les représentants des catégories socio-professionnelles concernés. Dans un autre registre, au niveau local, il serait vu comme illégitime une décision de modifier les rythmes scolaires sans consulter les parents d'élèves, les associations locales et les personnels enseignants et non enseignants. Le rapprochement du système électoral permis par la décentralisation n'a pas vocation à remettre en cause les fondements théoriques de cette nouvelle définition de la légitimité démocratique. Même plus directement issues du suffrage, il revient aux autorités locales de mettre en œuvre l'exigence nouvelle de participation à la décision administrative. Ce qui justifie ce changement de paradigme et qui constitue la cause de cette aspiration à la consultation des parties prenantes, ce n'est pas une quelconque défaillance pratique du schéma de la démocratie représentative qui peinerait à légitimer l'action de l'administration, mais bien le souhait des acteurs de consentir à la norme. En élargissant le champ de l'étude, cette conception de la démocratie justifie que le législateur lui-même soit désormais contraint de développer des outils de dialogue avec la société. C'est la raison pour laquelle de nombreuses procédures de concertation ou de consultation avec la société civile voient depuis plusieurs années le jour dans le cadre de l'élaboration des lois, comme le démontrent les multiples « assises », « conférences nationales », « états-généraux », « grenelles » ou autre dispositif de concertation ou de consultation avec les représentants du monde économique et social¹³²⁶.

C'est donc dans son ensemble que la démocratie est désormais nécessairement participative. Tout comme « *il n'y a de contrainte acceptable que s'appuyant sur le consentement* »¹³²⁷, « *il ne saurait y avoir de démocratie sans participation* »¹³²⁸. Dans la société contemporaine, la participation du citoyen à la décision administrative, et plus largement la démocratie participative, apparaissent comme de nature à relativiser la place accordée à la démocratie représentative, qui ne peut plus être considérée comme auto-suffisante. Mais la conception moderne de la légitimité démocratique n'a clairement pas vocation à opérer une substitution des premières à la seconde. Le caractère représentatif reste un pilier de la démocratie¹³²⁹. D'ailleurs, dans un contexte de crise de la démocratie représentative, le

¹³²⁶ Voir *supra*, n° 184.

¹³²⁷ J. CHEVALLIER, *L'État*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2e éd., 2011, p. 44.

¹³²⁸ J.-Ph. DÉROSIER, « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in A. DELCAMP, A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU, D. ROUSSEAU (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Dalloz, 2010, p. 108.

¹³²⁹ Pour autant, un développement des outils de la démocratie administrative a pu aussi être constaté dans des États non démocratiques comme les anciennes démocraties populaires d'Europe de l'Est, dans l'Espagne Franquiste et le Portugal de Salazar. G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 220 ; F. LAFARGE, F. LARAT et M. MANGENOT, « Introduction », *op. cit.*

développement de la participation citoyenne apparaît également, aux yeux des responsables publics et de la doctrine, comme un complément indispensable pour revitaliser l'esprit démocratique et la confiance dans l'ensemble des institutions.

B – La participation citoyenne au secours de la démocratie représentative

213. La mise en place des outils de la participation du citoyen à la décision administrative s'inscrit parallèlement dans une autre conception de la démocratie, cette fois-ci appréciée non plus dans ses fondements juridiques théoriques, mais dans ses aspects strictement pratiques, que la sociologie politique a pu mettre en avant dans le cadre du concept de « démocratie participative »¹³³⁰. De façon générale, ce concept de démocratie participative désigne l'ensemble des processus favorisant l'implication directe des citoyens dans la gestion des affaires publiques, que ce soit à l'échelle de l'administration ou à l'échelle de l'élaboration de la loi. Indépendamment de la question de savoir si les modalités d'association du citoyen à la prise de décision unilatérale sont nécessairement déduites de la légitimité démocratique, la participation citoyenne est également promue comme un outil de revitalisation du fonctionnement démocratique de nos institutions, aujourd'hui menacées par ce que l'on appelle la « crise de la représentation » ou la « crise de la démocratie représentative ». Cette crise résulte du constat de la perte de confiance des citoyens dans le fonctionnement de leurs institutions démocratiques. Elle se traduit par la montée de l'abstentionnisme électoral, d'une désaffection et d'une défiance envers le personnel politique censés les représenter¹³³¹ et d'une montée en puissance des extrêmes, c'est-à-dire des partis aujourd'hui jugés comme « populistes ». Elle met ainsi en péril et menace la démocratie, tant dans sa composante formelle (le régime de l'élection) que dans sa composante substantielle (la protection des libertés et droits

¹³³⁰ M.-H. BACQUÉ, Y. SINTOMER (dir.), *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, La Découverte, coll. Recherches, 2011 ; M.-H. BACQUÉ, Y. SINTOMER, *La démocratie participative inachevée : genèse, adaptations et diffusions*, Adels-Revue « Territoires », 2010 ; M.H. BACQUÉ, H. REY et Y. SINTOMER (dir.), *Gestion de proximité et démocratie participative : une perspective comparatiste*, La Découverte, 2005 ; L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Le Seuil, 2008 ; A. BOUVIER, « Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLV, n° 136, 2007, p. 5-34 ; M. CREPON et B. STIEGLER, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, Milles et une Nuits, Essai, 2007 ; M.-F. DELHOSTE, « Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen », *RFDA*, 2007, p. 1061 ; G. GOURGES, *Les politiques de démocratie participative*, Presses universitaires de Grenoble, 2013 ; G. LEBRETON (dir.), *La démocratie participative : enjeux et réalités (France, Brésil, Chine Suisse, Union européenne)*, L'Harmattan, 2013 ; F. ROBBE (dir.), *La démocratie participative*, L'Harmattan, 2007.

¹³³¹ M. CREPON et B. STIEGLER, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, op. cit., p. 25-26.

fondamentaux). Cette crise résulte d'une multitude de facteurs qui, pouvant être évoqués séparément, sont nécessairement réunis selon des paramètres dont l'étude revient à la sociologie politique. Une explication inquiétante serait que les citoyens ne se considéreraient plus véritablement comme tels, c'est-à-dire qu'ils se sentiraient de moins en moins représentés par des personnes chargées de prendre des décisions en leur nom, parce qu'ils seraient repliés sur leur sphère privée et se seraient détachés de tout fonctionnement des institutions politiques. En d'autres termes, le citoyen serait redevenu un simple individu, doté de libertés et de droits individuels, en rejetant tout esprit civique. Il faut se garder d'un tel pessimisme. Au regard du seul critère de l'abstention électorale, cette vision ne peut représenter qu'une minorité d'individus. En effet, pour les élections présidentielles, les plus populaires, le taux de participation avoisine généralement les 80 %, ce qui laisserait autour de 20 % d'abstentionnistes convaincus et pas forcément pour des raisons strictement individualistes. Il semble qu'il faille davantage se tourner vers des explications plus politiques : incapacité des gouvernements successifs à résoudre des problèmes majeurs (chômage, pauvreté, éducation, insécurité immigration...); personnel politique ne respectant pas systématiquement ses promesses électorales ; faibles enjeux électoraux ; faible représentativité des institutions politiques, c'est-à-dire faible représentation des partis politiques minoritaires, ce qui découragerait toute mobilisation électorale ; nombre trop important d'élections liés à un système institutionnel sous forme de mille-feuilles ; montée en puissance des contre-pouvoirs. Comme l'évoque notamment J.-M. Denquin, « *l'idée de crise de la représentation est aujourd'hui devenue banale : les représentants ne traduisent pas les aspirations du peuple; ils constituent une caste fermée dont les membres, unis malgré des oppositions de façade, ont pour but principal la préservation de leurs privilèges ; ils demeurent sourds aux malheurs du plus grand nombre ; ils briguent les voix des électeurs mais oublient leurs promesses dès que les élections sont finies, etc. Il n'est donc pas étonnant que les citoyens se disent, les sondages en témoignent, mal représentés par leurs élus* »¹³³². À ces raisons peut aussi s'ajouter une certaine forme de lassitude issue de la trop forte médiatisation de la vie politique, dont les effets ont été notamment de désacraliser la parole politique.

214. Pour surmonter cette crise, la démocratie participative, c'est-à-dire le développement d'outils permettant d'associer les citoyens à la prise de décision, est alors vue comme le moyen

¹³³² J.-M. DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Cah. Cons. const.*, 2008, n° 23.

de renforcer à une autre échelle la vitalité démocratique au sein de la société civile. La promotion d'une démocratie participative ne part pas du principe que les citoyens ne participent pas à cause d'une absence d'esprit civique, mais qu'au contraire, les citoyens vivraient leur perte d'appétit politique comme une forme de frustration. L'abstention électorale ne serait qu'une forme d'appel au secours d'une société souhaitant être mieux écoutée par les élites politiques. La démocratie participative se donne comme objectif de redonner confiance au citoyen dans la politique en lui redonnant la parole et en partant de ses attentes concrètes. Le développement de la démocratie participative, parce qu'il accorderait au citoyen une faculté d'intervenir plus activement dans le processus décisionnel, permettrait indirectement de renforcer son sentiment d'appartenance à la collectivité. Partant, cette association à l'exercice du pouvoir redonnerait au citoyen confiance dans le fonctionnement démocratique et le caractère représentatif des institutions, l'amenant ainsi à participer davantage aux scrutins électoraux, ici conçu comme l'indicateur de la bonne santé démocratique. Pour éclairer sous un autre angle cette vision de la démocratie participative au secours de la démocratie représentative, on peut reprendre les propos de M. Crépon et B. Stiegler, pour qui *« ce qui se rêve, dans le projet d'une démocratie participative, c'est en effet, d'abord et avant tout, de redonner un peu de pouvoir à ceux qui n'en ont aucun, sinon celui d'exercer leur droit de vote – un pouvoir auquel ils sont, année après année, nombreux (trop nombreux) à ne plus croire. Or, ce pouvoir, c'est essentiellement celui de la parole – d'une parole à laquelle le modèle de la démocratie d'équilibre aurait rendu, au fil du temps, les élites politiques de plus en plus sourdes. La parole ne se laisserait plus entendre que dans ses éruptions (protestations, manifestations, etc.), que les élites n'auraient d'autre solution que de minimiser et avec lesquelles elles chercheraient (toujours trop tard et en dernier recours) à composer. Le projet d'une démocratie participative, par conséquent, est indissociable d'une écoute en amont de ses éruptions – d'une attention aux difficultés, aux souffrances, aux inquiétudes, qui ne se laisse plus différer, qui ne consiste pas à tempérer, faute de mieux, c'est-à-dire à organiser la surdité. Il n'a de sens que s'il propose les conditions d'une nouvelle écoute qui ne soit pas un leurre – c'est-à-dire qui consiste effectivement à redonner du pouvoir (et par là même de la confiance et du crédit) à ceux qui n'en ont pas -, rien d'autre peut-être que les raisons nouvelles d'un attachement et d'un désir, sans lesquelles la démocratie sera toujours menacée »*¹³³³. L'exercice libéré de ce droit à la parole serait alors à la base de la conscience citoyenne. Refoulé, le citoyen perdrait confiance dans la représentation politique et se renfermerait sur sa sphère

¹³³³ M. CREPON et B. STIEGLER, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, op. cit., p. 48-49.

privée. La participation aurait une dimension « *vertueuse* » et elle serait susceptible « *d'encourager la formation d'une citoyenneté active capable d'être mobilisée de façon soutenue dans les processus de gouvernement* »¹³³⁴, que ce soit au niveau décisionnel ou au niveau électoral. Un citoyen disposant du droit de vote ne peut pas se transformer en simple administré soumis à la puissance publique. L'individu n'est pas enclin à abandonner sa citoyenneté dans ses rapports quotidiens avec les pouvoirs publics. Pour retrouver ou conserver le citoyen actif, il faut dès lors le reconnaître dans toutes ses dimensions et lui offrir des facultés régulières d'expression au stade décisionnel. La démocratie participative est ainsi vue comme un correctif de la démocratie représentative. C'est parce qu'elle s'essouffle qu'il faut la conforter par d'autres instruments permettant de lui redonner toute sa vigueur. « *La démocratie administrative serait une des expressions de la crise de la démocratie représentative autant qu'une manière d'y répondre* »¹³³⁵. C'est toute la philosophie qui imprègne les décideurs publics, lorsqu'ils mettent en place des outils facultatifs de la démocratie participative comme l'initiative citoyenne ou les budgets participatifs, invitant les citoyens à prendre en main (partiellement) la gestion de leur collectivité.

215. Or, si cette assimilation de la participation citoyenne à la démocratie administrative et à la démocratie participative peut convaincre sur le plan théorique, elle semble pourtant assez loin de décrire la réalité de la pratique citoyenne de la participation. Cette pratique de la participation par le citoyen s'apparente rarement à l'expression d'une citoyenneté idéalisée d'une demande sociale d'implication constructive. L'étude des données empiriques démontre que le citoyen est davantage à même d'utiliser la participation comme une garantie de nature défensive pour revendiquer ou opposer ses intérêts individuels, collectifs ou objectifs, ce qui constitue la deuxième fonction de ce concept juridique. La participation citoyenne n'est donc pas un synonyme de la démocratie participative, puisqu'elle peut aussi exprimer une garantie défensive.

¹³³⁴ S. RUI, « Démocratie participative », in I. CASILLO (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, 2013.

¹³³⁵ B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *op. cit.*

Section 2 – La participation du citoyen comme expression d’une garantie défensive

216. Jusqu’à présent, nous avons pu analyser le développement des instruments de la participation du citoyen à la décision administrative comme la concrétisation d’un mouvement de démocratisation de l’administration, qui répondrait lui-même à l’aspiration des citoyens à une meilleure implication dans les processus décisionnels. Cette vision conduit la doctrine majoritaire à assimiler les concepts de démocratie administrative et de participation. Ainsi la démocratie administrative « *implique une plus grande participation du citoyen dans l’art d’administrer et dans le pouvoir de commander* »¹³³⁶, « *des procédures de participation* »¹³³⁷ ou encore « *la participation du public à l’élaboration des décisions administratives* »¹³³⁸. Dans cette conception, la participation est « *inhérente à la démocratie* »¹³³⁹. Inversement, la participation serait donc « *d’essence démocratique* »¹³⁴⁰, car « *en encourageant la participation des administrés à l’élaboration des décisions administratives, la démocratie administrative défend l’idéal d’un partage du pouvoir décisionnel imposant un mouvement d’intervention de l’individu* »¹³⁴¹. Partant, « *lier démocratie et participation apparaît très largement tautologique, tant la démocratie implique en toute hypothèse la participation au pouvoir* »¹³⁴². Or, « *à l’épreuve des faits* »¹³⁴³, cette affirmation doit être relativisée. Un rapide constat de la pratique citoyenne de la participation démontre que cette construction théorique ne transcrit pas une véritable aspiration démocratique du citoyen. En effet, l’essentiel des instruments participatifs sont confrontés à un constat patent, celui de la faible implication du citoyen, généralement mobilisé par une logique défensive davantage que constructive (§ 1). Ce constat implique que la participation est souvent utilisée comme une garantie individuelle ou collective, plutôt que dans une logique purement démocratique, ce qui conduit à réinterroger et à redéfinir la fonction citoyenne de la participation (§ 2). Si elle reste une expression de la démocratie, la participation du citoyen à la décision administrative dépasse cette seule approche.

¹³³⁶ P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *op. cit.*, p. 139.

¹³³⁷ J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 915.

¹³³⁸ Ph. ZAVOLI, « La démocratie administrative aujourd’hui », in *Long cours. Mélanges en l’honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 1155.

¹³³⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 179.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 536.

¹³⁴² *Ibid.*, p. 185.

¹³⁴³ J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits », in *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, vol. II, p. 819.

§ 1 – Un citoyen préférant la participation défensive à la participation constructive

217. L'étude de la pratique citoyenne de la participation à la décision administrative dresse un constat assez sévère. Lorsqu'elle est mise en place au profit de toute personne, c'est-à-dire dans le cadre des procédures de participation du public, la mobilisation citoyenne est généralement faible (A). Lorsqu'elle s'intensifie, elle offre davantage de place à la contestation de l'action administrative qu'à la construction positive des projets soumis au processus participatif, ce qui témoigne d'une mobilisation citoyenne souvent motivée par la défense d'une cause individuelle, collective ou objective (B).

A – Une mobilisation citoyenne généralement faible

218. L'essentiel des dispositifs permettant d'associer le public à la prise de décision est confronté au même résultat, celui d'une faible appropriation par celui qui en est le bénéficiaire, démontrant son faible goût pour la chose publique ou du moins son absence de revendication à participer directement et régulièrement dans le fonctionnement de l'administration. Ce constat s'impose à tous les niveaux de l'administration, aussi bien à l'échelle nationale (1) que locale (2). Même s'il reste bien entendu délicat de donner une estimation précise du nombre des participants tant le nombre de procédures de participation du public est important, quelques chiffres peuvent être donnés pour apprécier cet ordre de grandeur de la participation citoyenne.

1) Le faible nombre de participants dans le cadre des procédures de participation du public à l'échelle nationale

219. A l'échelle nationale, les synthèses des observations et les comptes-rendus des procédures de participations du public disponibles depuis le site internet « www.vie-publique.fr » nous permettent de livrer quelques données chiffrées. Dans leur ensemble, les

procédures de participation du public organisées par les autorités nationales ne soulèvent jamais les masses. Le nombre total d'observations ou remarques émises varie bien sûr selon l'enjeu du projet de décision soumis au processus. « *La participation est ici contrainte à des variations plus ou moins sensibles et dont le facteur semble être la nature même des projets soumis à débat : elle détermine le périmètre des participants concernés et l'intérêt qu'ils peuvent susciter* »¹³⁴⁴. S'agissant des procédures de consultation du public sur Internet, instituées en matière environnementale depuis la loi ENE du 12 juillet 2010 et dans tout autre domaine par la loi du 17 mai 2011¹³⁴⁵, Ch. Testard a montré qu'en moyenne, « *la participation s'établit à 215,74 participants par consultation* » en 2015¹³⁴⁶. La plupart du temps, lors de consultations ouvertes sur Internet, le nombre d'observations émises se situe dans un ordre de grandeur allant de zéro à une centaine d'observations. Pour prendre l'exemple de l'année 2017, alors qu'une seule observation a été recensée lors de la consultation organisée en décembre 2017 et portant sur un projet d'arrêté relatif au régime national de gestion pour la pêche professionnelle de bar européen dans le golfe de Gascogne, 145 contributions ont été reçues s'agissant de celle organisée entre février et mars 2017 au sujet du projet de décret portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes. Ce n'est que très ponctuellement que la mobilisation dépasse cet ordre de grandeur. L'exemple le plus emblématique a été le « Grenelle de l'environnement », dont nous avons déjà évoqué le site Internet qui avait reçu 300 000 visiteurs et 14 000 contributions. De façon plus modeste, la conférence de consensus sur le logement, organisée conjointement par le Sénat et le ministère de la cohésion des territoires entre décembre 2017 et janvier 2018, a vu participer entre 150 et 200 personnes lors des réunions de travail thématiques et a recueilli près de 650 propositions grâce aux contributions déposées en ligne sur le site Internet dédié.

Au-delà de ces chiffres, les synthèses des observations produites à la fin des processus mis en place démontrent que les particuliers ne prennent que très ponctuellement part aux processus, le nombre restant réduit à quelques individualités. Dans l'ensemble, ces procédures de participation du public organisées à l'échelle nationale font essentiellement l'objet d'une

¹³⁴⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 359.

¹³⁴⁵ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1 (article 16).

¹³⁴⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 541.

appropriation par les milieux organisés comme les organisations professionnelles, les syndicats d'employeurs, d'employés et de travailleurs indépendants et les associations de patients, de consommateurs ou de protection de l'environnement, auxquels s'ajoutent les institutions publiques, c'est-à-dire les acteurs concernées par le projet de décision soumis au processus¹³⁴⁷. Dès lors, loin de retranscrire la promotion d'un « *principe d'équivalence* »¹³⁴⁸, c'est-à-dire d'une égalité entre tous les participants, permettant à chacun de déposer ses observations, les consultations ouvertes sur Internet témoignent d'une forme de « *captation* »¹³⁴⁹ naturelle de la participation au profit des représentants d'intérêts. Comme l'énonce J.-C. Hélin, « *dans notre système institutionnel et notre culture, la procédure de mise à disposition du public semble plus destinée aux institutions et aux mouvements associatifs qu'aux particuliers dont on perçoit mal la capacité de mobilisation, notamment sur des projets de textes ou de décisions, au plan national comme au plan local. Elles seules sont à même d'exercer, dans les domaines de leur objet social, une veille sur les projets de textes et de décisions et, dans le temps bref de la mise à disposition du public, de formuler des observations sur ces projets. La mise à disposition du public ouvre aux groupements organisés, voire aux lobbies, s'ils se l'approprient, une véritable possibilité d'intervention. Ils doivent même désormais s'organiser pour cela. Qu'on se réjouisse ou qu'on déplore ce qui peut apparaître comme une captation, voire une confiscation de la participation, et une dérive de la pratique par rapport à la philosophie du texte, ne change rien à une situation qui a probablement vocation à durer* »¹³⁵⁰. Le particulier se mobilise rarement lors des processus participatifs organisés lors de l'élaboration des décisions réglementaires de portée nationale. C'était la raison pour laquelle le Conseil d'État, dans rapport de 1999, ne proposait pas que soit instituée une obligation générale de consultation du public « *car en ce cas nombre de procédures s'exposeraient à un risque d'indifférence et d'abstention du public* »¹³⁵¹. C'est aussi la raison pour laquelle ces procédures ne sont pas plus développées à l'échelle locale où elles semblaient pourtant destinées à une meilleure implication des habitants à la vie locale.

¹³⁴⁷ Voir Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 541 et s. L'auteur met en lumière l'importance prise par les professionnels des secteurs concernés par les projets de décisions soumis à consultation ouverte sur Internet.

¹³⁴⁸ J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 198.

¹³⁴⁹ J.-C. HÉLIN, « On ne badine pas avec le principe de participation du public », op. cit., p. 1164.

¹³⁵⁰ *Idem*.

¹³⁵¹ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, op. cit., p. 62.

2) *Le faible nombre de participants dans le cadre des processus participatifs locaux*

220. Ce constat d'une faible mobilisation du citoyen s'illustre particulièrement à l'échelle des communes¹³⁵². Alors que ce que l'on appelle la « démocratie de proximité » a toujours été vue comme de nature à répondre à l'aspiration des habitants à participer à la vie de leur collectivité, cela semble ne pas être véritablement le cas compte tenu d'un très faible intérêt porté aux processus participatifs mis en place.

Le citoyen est d'abord peu enclin à participer au sein des différentes instances consultatives locales. Les citoyens sont en effet très peu nombreux à se porter candidats pour devenir membres des différents conseils de quartier obligatoirement institués dans les communes de 80 000 habitants et plus ou des comités consultatifs pouvant être facultativement institués dans les communes et intercommunalités. Le nombre limité des candidatures implique généralement l'absence de nécessité pour l'administration locale de déterminer des critères stricts de sélection des participants ; toutes les candidatures ayant souvent vocation à être acceptées. Afin de résoudre cette difficulté, le choix du tirage au sort est parfois privilégié pour inviter à participer des habitants qui ne lanceraient pas seuls dans cette démarche. C'est le choix qu'a effectué le législateur avec l'institution des conseils citoyens dans le cadre de la politique de la ville depuis la loi du 21 février 2014 et pour lequel le ministère de la ville préconise le recours au tirage au sort des habitants en dehors de toute candidature préalable¹³⁵³. Toutefois, même lorsque les candidatures sont spontanées et *a fortiori* lorsque les habitants ont été sélectionnés à la suite d'un tirage au sort, l'investissement sur la durée que peut représenter cette forme de participation collégiale se traduit souvent par un fort absentéisme. Il peut être lié à différents facteurs, tels que la difficulté de se libérer aux horaires des réunions, leur caractère souvent limité à du simple partage d'information sans réelle portée constructive, la multiplicité des sujets à l'ordre du jour pouvant n'intéresser que très ponctuellement les participants, la difficulté d'exprimer des positions divergentes. Dès lors, si en début de « mandat participatif » les réunions peuvent se dérouler avec un nombre suffisant de membres présents, cette situation se détériore après plusieurs mois de fonctionnement. La parade souvent trouvée à cet essoufflement de l'investissement dans la durée consiste à renouveler la composition de ces conseils et comités une à deux fois durant les six années que compte un mandat électoral local,

¹³⁵² Pour des exemples d'application à l'échelle régionale, voir M.-F. DELHOSTE, « Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen », *op. cit.*, p. 1061.

¹³⁵³ Voir *supra*, n° 110.

de sorte que par le jeu des entrants et des sortants, le fonctionnement de l'instance collégiale puisse se perpétuer dans le temps. Prenant acte de ce désintérêt des citoyens, de nombreuses communes ne mettent tout simplement pas en place le dispositif du comité consultatif et se cantonnent aux traditionnelles commissions municipales uniquement composées de quelques membres élus. Certes quantitativement réduite, l'implication des habitants permise par ces instances consultatives locales démontre tout de même que les habitants qui s'inscrivent sont qualitativement motivés par une démarche civique visant à participer activement et de façon constructive à la définition de l'intérêt général et à la vie de leur collectivité. Rares sont ceux qui participent dans la durée en vue de la promotion de leurs intérêts particuliers, tout au plus pour défendre leur vision du quartier. Cet aspect positif peut parfois être contrebalancé par l'étude de la sociologie de ces conseils et comités qui révèle que les membres sont aussi parfois des proches des équipes d'élus locaux, membres de la majorité ou des oppositions, notamment recrutés parmi les candidats aux dernières élections municipales.

Alors que ces organes consultatifs locaux accueillent nécessairement un nombre limité de participants, on pourrait penser que les procédures de participation du public organisées au niveau local, notamment au titre de la matière environnementale, soient à même d'impliquer une mobilisation citoyenne quantitativement plus importante. Limitée à un projet déterminé, la participation ne demande aucun engagement de moyen ou long terme. Il s'agit d'une participation ponctuelle. Pour autant, la vision d'une participation citoyenne répondant à l'aspiration des citoyens à une plus grande implication dans la prise de décision environnementale bute toujours sur le même constat empirique. La participation reste ici encore quantitativement faible et, nous le verrons plus loin, souvent limitée à une démarche contestataire. La plupart du temps, les procédures de participation du public, à titre de concertation ou de consultation, font face à l'indifférence générale. En matière environnementale, il n'est pas rare qu'une procédure d'enquête publique se déroule sans public¹³⁵⁴. L'essentiel de la mobilisation concerne généralement les associations de défense de l'environnement et les partis politiques proches de cette cause¹³⁵⁵, lorsqu'ils existent et se manifestent à l'échelle du projet, et les propriétaires affectés par le projet, qu'ils soient expropriés ou que, situés dans le voisinage, ils en subissent les conséquences négatives. En cette matière, le développement des forums de discussion en ligne ne change pas véritablement la donne. S'ils offrent à ceux qui souhaitent participer un cadre plus adapté aux pratiques

¹³⁵⁴ Voir C. BLATRIX, « La pratique politique de l'enquête publique », in L. BLONDIAUX, G. MARCOU, F. RANGEON (dir.), *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, Puf, 1999, p. 161.

¹³⁵⁵ Généralement, des partis écologistes ou de gauche radicale.

contemporaines de communication, garantissant un meilleur rendement participatif, ils ne modifient en rien l'assiette des participants potentiels.

L'expérience locale montre que, sans soulever les foules, un plus fort taux d'implication citoyenne se constate lors de la tenue des réunions publiques organisées par les autorités locales pour présenter leurs projets ou le bilan de leurs actions, que ce soit dans le domaine de l'aménagement urbain ou dans le cadre de la gestion des services publics de proximité. Les réunions ouvertes à tous permettent à chacun de prendre connaissance rapidement d'un projet sans avoir à éplucher rigoureusement le contenu exact d'un dossier d'information, souvent épais et peu lisible, en simple qualité de spectateur. Plus le projet sera perçu comme un enjeu à l'échelle locale, et plus le public se déplacera pour assister à la réunion publique et s'informer sur le projet. Il n'est alors pas rare d'avoir des réunions comprenant plus d'une cinquantaine de personnes, même dans de petites communes de moins de 3 500 habitants. Néanmoins, les acteurs locaux déplorent que ce soient toujours les mêmes profils d'individus qui se déplacent. Ces habitants intéressées par la vie de leur collectivité sont généralement des personnes âgées, des proches de la majorité ou de l'opposition, d'anciens élus, c'est-à-dire les profils d'habitants susceptibles de se porter candidats pour intégrer un comité consultatif local. La masse des habitants n'est jamais présente, sauf à ce qu'un projet suscite un tollé dans la population locale. Même si l'auditoire peut être ponctuellement important, rares sont ceux qui osent poser des questions ou émettre des remarques oralement. Bien sûr, là encore, tout dépend du contexte local, mais il faut s'accorder sur le fait que les citoyens seront peu nombreux en définitive à participer réellement lors d'une réunion publique. « *Il y a un nécessaire décalage entre l'information qui peut exister autour d'un projet et la volonté des administrés de participer à l'élaboration du projet* »¹³⁵⁶. Pour répondre à cette absence de volonté ou à cette difficulté à s'exprimer, la pratique des réunions dites « participatives » est souvent préconisée. Réalisées lors d'une phase de concertation préalable à l'arrêt du projet, elles consistent à organiser des temps d'échange en petits groupes de discussion sur la base de questions ouvertes afin qu'un compte rendu des échanges soient transmis à l'ensemble de l'auditoire par un rapporteur, sélectionné parmi les personnes les plus à l'aise pour s'exprimer oralement. Ainsi, un auditoire potentiellement passif se transforme en acteur impliqué et constructif au projet en devenir. Les citoyens participant ne seront pas plus nombreux, mais ils seront plus actifs.

¹³⁵⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 358.

Un autre moyen de disposer d'un meilleur rendement participatif consiste à développer la pratique des questionnaires adressés aux citoyens par voie papier ou par voie électronique, même si tous ne répondront pas¹³⁵⁷. Ne demandant pas d'effort particulier, sauf celui de prendre le temps de répondre et de restituer le questionnaire, cette modalité est assez incitative. Cependant, malgré des résultats quantitativement plus importants, la pratique du questionnaire ne témoigne pas d'une aspiration citoyenne à participer activement. Au contraire, elle s'inscrit dans une logique consistant pour le décideur à aller chercher le citoyen qui resterait indifférent en l'absence de mise en œuvre de cette démarche.

221. Différentes expériences locales, qui témoignent d'une volonté d'ouverture de certaines municipalités, butent sur le même résultat qui peut être vu par certains comme un constat d'échec. Ainsi en va-t-il des rencontres de quartiers organisées pour permettre aux habitants de remonter des problèmes rencontrés au quotidien, des budgets participatifs avec dispositifs de vote en ligne ou de droit de pétition offerts aux citoyens.

Les exemples de mise en place d'un droit de pétition butent sur les mêmes conclusions¹³⁵⁸. À Grenoble depuis 2016, avec un nombre requis de 2 000 signatures réunies en six mois, soit 1,2 % des habitants en 2017, seules deux pétitions ont pu remplir cette condition préalable à l'examen de leur objet ; six autres n'ont pu réunir qu'entre 50 et 1051 signatures. À Paris, depuis 2014, 5 000 signatures doivent être réunies dans un délai d'un an, soit 0,2 % des habitants. À ce jour, sur les quelques trente pétitions déposées, aucune n'a réussi à atteindre ce seuil. Il en va de même des dispositifs mis en place en Ile-de-France et en Ile-et-Vilaine qui n'ont pas encore vu une pétition recueillir un nombre de signatures suffisant pour son examen.

S'agissant de l'expérience des budgets participatifs, associant les habitants au choix des dépenses d'investissement, l'exemple historique proposé par la ville de Porto Alegre au Brésil, comptant quelques 1,3 million d'habitants, entre 1988 et 2004 témoigne de cette difficulté de mobiliser toute une population. Comme l'évoque L. Blondiaux, « *en dépit de son exceptionnelle réussite, qui a suscité à juste titre l'intérêt des acteurs et des chercheurs du monde entier, elle*

¹³⁵⁷ Ch. Testard évoque notamment « *le débat organisé en 2015 sur le projet de Center Parks à Poligny (Jura) [qui] a donné lieu à la distribution de près de 20 000 questionnaires et des réunions publiques rassemblant plus de 2 000 personnes. In fine, ce sont pourtant seulement 491 questionnaires qui ont été remplis et 123 avis déposés* ». Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 358.

¹³⁵⁸ R. RAMBAUD, « Le droit d'interpellation citoyenne », op. cit., p. 22.

n'aura touché qu'une fraction de la population de Porto Alegre entre 1% et 1,5 % de la population participe ainsi chaque année aux réunions de base. Au total, à l'issue d'un peu moins d'une quinzaine d'années d'expérience, ce serait environ 10 % de la population qui aurait effectivement participé »¹³⁵⁹. Force est de constater qu'il n'y a pas eu d'engouement populaire pour ce dispositif pourtant institué pour redonner du pouvoir au citoyen, même si les résultats ne sont pas insignifiants. Les expériences contemporaines qui se développent depuis 2014 dans certaines grandes villes de France¹³⁶⁰ traduisent ce même constat d'une participation trouvant un intérêt pour une faible minorité d'habitants. De façon générale, le taux de participation, évalué par rapport au nombre d'habitants, a tendance à s'améliorer d'année en année, notamment grâce à une plus grande notoriété du processus et une simplification des modalités de vote. Ainsi, à Paris, le taux de participation était de 2 % en 2014, 4 % en 2015 et 7 % en 2016, 7,6 % en 2017 et 10 % en 2018. À Grenoble, ce taux était de 1 % en 2015, 7 % en 2016 et, une fois n'est pas coutume, 3,5 % en 2017. À Rennes, la participation s'élevait à 3,5 % en 2016, 5 % en 2017. « *La participation médiane s'établit en 2018 à 3,9 %* »¹³⁶¹. Malgré ces améliorations, ce ne sont pas des explications techniques (montant du budget alloué, nature des projets proposés par les habitants, durée et modalités du vote) qui changeront la donne. Ceux qui souhaitent participer représenteront toujours une minorité d'habitants à l'esprit civique aiguisé, ce qui entraîne des difficultés d'ordre démocratique¹³⁶². Il faut tout de même noter une expérience étrangère plus concluante. À San Antonio, au Chili, plus du quart des 100 000 habitants votent. Cela démontre que des aspects culturels ne sont pas sans jouer un rôle en matière de participation.

Ce sont d'ailleurs ces aspects culturels qui peuvent justifier que seuls fassent réellement exception à cette tendance générale les processus référendaires, lorsqu'ils sont utilisés. Si le taux de participation dépasse rarement les 50 % des électeurs, il se situe généralement entre 25 % et 40 % que ce soit en France, où son utilisation reste très ponctuelle, ou en Suisse et aux États-Unis, pour lesquels le référendum est plus fréquent¹³⁶³. S'agissant de la consultation des électeurs relative au projet désormais abandonné d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes, le taux de participation s'est même élevé à 51,08 % des électeurs de Loire-Atlantique. Ces chiffres ne

¹³⁵⁹ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 5.

¹³⁶⁰ Voir *supra*, n° 187.

¹³⁶¹ Chiffre issu du recensement effectué par A. Bezard sur le site <http://lesbudgetsparticipatifs.fr/le-budget-participatif-concerne-6-millions-de-francais/>.

¹³⁶² R. RAMBAUD, « Le droit d'interpellation citoyenne », op. cit., p. 22.

¹³⁶³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 97 ; voir aussi E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », op. cit., p. 1254.

sont pas aussi importants que pour les scrutins électoraux, mais ils semblent montrer un plus fort attachement du citoyen dans le cérémoniel du bulletin dans l'urne, qui représente encore dans toutes les têtes le moyen d'expression naturel de la souveraineté populaire. Et logiquement, le taux de participation varie selon l'enjeu de la question posée, qui mobilise un nombre plus important d'électeurs s'il y a un enjeu financier ou un impact sur le cadre de vie.

222. Ce constat de la réalité de la participation dévoile un citoyen peu enclin à participer, peu attaché à mettre en pratique ce qu'il est pourtant censé juger comme une condition nécessaire à l'action légitime des pouvoirs publics. Le citoyen trouverait aujourd'hui anormal que l'administration n'offre pas les moyens d'entendre les positions de ceux qui souhaiteraient s'exprimer. Il faut partager les propos de J.-P. Ferrier, pour qui « *le principal obstacle à une participation réelle est l'absence d'intérêt manifesté par les administrés eux-mêmes. Ce n'est point le lieu de rechercher les responsabilités respectives de l'administration secrète et méfiante, de l'administré, dédaignant la vie publique mais toujours prêt à s'indigner des "décisions autoritaires du Pouvoir", du régime politique, du mode de vie...* »¹³⁶⁴. L'image du citoyen que l'on priverait du droit de s'exprimer est une illusion. Dans sa majorité, le citoyen se détourne tout aussi bien de la démocratie représentative que de la démocratie participative instaurée pour la perfectionner. Pour autant, il ne faut pas en conclure à un échec de la participation citoyenne. Elle ne peut être uniquement conçue à travers une approche strictement démocratique, selon laquelle la participation consisterait à ouvrir le processus décisionnel à un citoyen revendiquant un droit à participer de façon constructive à la définition de l'intérêt général ou à développer l'esprit civique des populations culturellement éloignées du fonctionnement des institutions, comme le décrit le concept anglo-saxon d'« *empowerment* ». Se limiter à une telle approche et se désoler de ses faibles résultats, traduit une conception erronée, ou du moins incomplète, de la fonction citoyenne de la participation. Le citoyen revendique en réalité surtout un droit de pouvoir défendre son point de vue dans le cadre des processus participatifs, qu'il s'approprie comme une garantie de défense individuelle, collective ou objective.

¹³⁶⁴ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 689.

B – Un sursaut de mobilisation citoyenne souvent motivé par la défense d’une cause individuelle, collective ou objective

223. Si la participation suppose un « *mouvement volontaire d’engagement* »¹³⁶⁵ de la part du citoyen, nous avons pu voir que le particulier fait la plupart du temps le choix de l’abstentionnisme participatif. Pour autant, il existe des situations où le *citoyen lambda* se mobilise plus facilement. Il en va ainsi lorsque ses intérêts particuliers sont directement affectés par un projet. C’est alors la logique « NIMBY » qui est à l’œuvre (1). Le citoyen se mobilise pour contester un projet qui affecte négativement ses intérêts particuliers. Cette démarche « *égoïste* »¹³⁶⁶ est souvent rejetée par les responsables de projet qui ne sont à même de se placer que sur le terrain de l’intérêt général. Dès lors, le citoyen est donc invité à objectiver son opposition pour avoir davantage des chances de se faire entendre. Dans ce cadre, et de façon purement artificielle, le citoyen peut avoir tendance à cacher ses revendications individuelles ou catégorielles derrière une vision autre de l’intérêt général (2).

1) Une mobilisation s’inscrivant souvent dans une logique « NIMBY »

224. Même si la mobilisation citoyenne reste là encore assez faible, les procédures de participation du public organisées dans le domaine des décisions ayant une incidence sur l’environnement témoignent d’exemples où la mobilisation citoyenne est plus importante. Généralement, l’essentiel de la mobilisation citoyenne concerne les associations de défense de l’environnement, parfois des partis politiques proches de cette cause, lorsqu’ils se manifestent à l’échelle du projet, et les propriétaires affectés par le projet, qu’ils soient expropriés ou que, situés dans le voisinage plus ou moins immédiat, ils en subissent les conséquences négatives. L’ensemble de ces acteurs constitue ce que les responsables publics appellent « les oppositions locales » qu’il faut tenter d’apaiser. Les manifestations d’opposition à un projet public ou privé varient selon l’impact plus ou moins important sur le cadre de vie, l’environnement, l’économie, le tourisme ou la vie sociale. Un petit projet de construction ou

¹³⁶⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 694.

¹³⁶⁶ P. SADLAN, « Démocratie locale et décentralisation », *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 296.

d'aménagement a de fortes probabilités d'être contesté par les quelques propriétaires situés dans le voisinage immédiat. À l'inverse, un projet d'équipement de dimension régionale ou nationale risque plus fortement de se voir remis en cause par des collectifs plus nombreux, plus divers et mieux structurés. Les multiples débats publics ou concertations organisés sous l'égide de la Commission nationale du débat public voient une mobilisation citoyenne souvent significative. Il n'est pas rare que la participation se compte en milliers de personnes déterminées à s'opposer à un projet qu'ils jugent néfaste pour le cadre de vie et l'environnement. Pour citer quelques exemples emblématiques, peuvent notamment être cités les débats publics relatifs au projet abandonné d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes entre 2002 et 2003 (7 420 participants aux réunions publiques, 405 contributions au débat par e-mail, 1860 interventions écrites), au projet de réacteur EPR Penly 3 en 2010 (plus de 3 000 participants aux réunions publiques, 270 questions-réponses, 58 avis sur Internet), au projet de métro automatique en proche couronne parisienne, dit Grand Paris Express, entre 2010 et 2011 (plus de 7 100 participants aux réunions publiques, 89 contributions, plus de 800 questions, 633 avis sur Internet), au projet de création d'un Center parc en Saône et Loire en 2015 (1 647 participants aux réunions publiques, 508 questions posées, 228 avis sur Internet, 482 questionnaires reçus) et d'un Center parc dans le Jura en 2015 (1910 participants aux réunions publiques, 251 questions posées, 123 avis sur Internet, 481 questions reçus). Même non insignifiante, la participation reste là encore quantitativement faible par rapport à l'ensemble de la population sur le territoire duquel le projet a des incidences en matière de cadre de vie, d'environnement, d'économie, de tourisme. Ayant procédé à l'analyse des données chiffrées, Ch. Testard a montré que « *sur l'ensemble des débats publics ayant eu lieu en 2015 et organisés sous le contrôle de la CNDP, le nombre d'observations déposées par écrit ou en ligne s'élève en moyenne à 580, ce qui est faible compte tenu de l'envergure des projets concernés* »¹³⁶⁷. Là encore, l'essentiel des citoyens ne porte pas d'intérêt particulier au processus mis en place pour leur permettre de présenter leurs points de vue.

Mais ce qui est ici intéressant, c'est de s'attacher à la psychologie des acteurs qui interviennent en nombre plus significatif. Le sursaut de mobilisation est motivé par la défense d'une cause. Il peut s'agir de l'environnement pour les participants issus du mouvement associatif ou politique. Pour les particuliers, c'est le plus souvent le cadre de vie et/ou la propriété individuelle qui sont opposés. Pour ces derniers, c'est la logique du « *NIMBY* » qui

¹³⁶⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 359.

est à l'œuvre, littéralement « *not in my back yard* », pouvant être traduit en « pas derrière chez moi ». De façon moins familière, cette expression caractérise le refus des particuliers de voir s'implanter des infrastructures ou des activités à proximité de leurs lieux de vie, lorsqu'ils estiment que leur cadre de vie risque d'être altéré par la réalisation du projet. La participation des quelques personnes concernées, éventuellement réunies en association de défense du cadre de vie constituée à cet effet, se borne alors à contester le projet, plan ou programme soumis au processus participatif. C'est parce qu'ils sont directement concernés ou se sentent concernés par les conséquences négatives d'un projet que les citoyens se sentent le devoir de participer afin de remettre en cause l'opportunité du projet et faire pression sur le responsable du projet ou sur l'autorité chargée de l'autoriser. On peut affirmer alors que le citoyen lie souvent sa participation à la défense d'une cause, qu'elle soit individuelle, collective, c'est-à-dire l'intérêt commun à un ensemble de personnes lésées, ou objective, notamment lorsqu'il s'agit de défendre la stricte protection de l'environnement. Inversement le citoyen ne voit pas d'intérêt à participer s'il n'a rien à défendre. À défaut d'être affecté par un projet, plan ou programme, le citoyen ne participe donc pas dans son immense majorité, car désintéressé. Une décision qui n'aurait pas d'effet indésirable sur des situations personnelles ou collectives n'a en effet aucune raison de soulever les foules. Dans l'ensemble, les citoyens « *ont le plus souvent du mal à voir dans les sujets qui leur sont soumis autre chose que l'écho de leurs problèmes particuliers* »¹³⁶⁸.

Cette situation ne caractérise pas uniquement les dispositifs de participation du public en matière environnementale ou d'aménagement urbain. De nombreux exemples pourraient être cités, mais ce travail serait fastidieux. On se contentera d'évoquer deux situations triviales. À l'échelle locale, une décision affectant les rythmes scolaires mobilisera les parents d'élèves et les associations sportives et culturelles, puisqu'elles sont intéressées à l'affaire, et non pas les habitants qui n'ont pas d'enfant scolarisé (jeunes, retraités). Cela va de soi, mais il faut le rappeler et cela démontre, s'il le fallait encore, que les citoyens se mobilisent dans leur plus grande majorité pour la défense d'une cause qui leur tient à cœur, le plus souvent leur cadre ou mode de vie individuel. Dans un autre registre, une décision d'augmentation des impôts locaux verra la contestation s'organiser et se faire entendre, alors que la présentation d'un budget sans augmentation d'impôt lors d'une réunion publique fera face à un public restreint. Dès lors, on le voit, « *la figure de l'administré participant se dessine (...) : c'est un sujet de droit intéressé par un projet intervenant dans son domaine d'activité [ou son cadre de vie] et auquel il est*

¹³⁶⁸ J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *op. cit.*

souvent opposé »¹³⁶⁹. Pour la plupart des citoyens, le ressort de l'implication lors d'un processus participatif réside dans la contestation d'un projet à l'aune de ses intérêts particuliers. Or, cette démarche est la plupart du temps rejetée par les administrations et les responsables de projet, plus à même de débattre sur le terrain de l'intérêt général. Face à ce risque de surdité de la part des responsables de projets, les citoyens ont tendance à cacher leurs revendications individuelles ou catégorielles derrière des arguments objectifs et une vision autre de l'intérêt général.

2) *Des revendications individuelles ou catégorielles cachées derrière une vision autre de l'intérêt général*

225. Le constat empirique d'une mobilisation souvent motivée par une démarche de type contestataire ne signifie pas que les participants se bornent à la défense de leurs intérêts individuels, collectifs ou objectifs.

D'une part, tous les citoyens participants ne se positionnent pas nécessairement en situation de conflit avec l'administration ou le projet soumis au processus participatif. L'examen de la participation locale démontre qu'une démarche plus constructive peut tout à fait être à l'œuvre. Symbole de la « *démocratie de proximité* »¹³⁷⁰, la commune est le lieu d'une participation citoyenne qui se veut apaisée. La démocratie de proximité se base sur une association d'habitants volontaires souhaitant participer à la vie de leur commune, qu'ils aient un lien ou non avec la majorité et l'opposition locales. La proximité de la décision avec les habitants facilite leur compréhension des enjeux, souvent en termes de cadre de vie à l'échelle du quartier ou de la commune, et des impacts financiers. La proximité du décideur est également un aspect à prendre en compte, puisque les habitants sont généralement à même de connaître personnellement, sinon le maire, au moins quelques membres du conseil municipal, ce qui facilite la prise de parole. Ces citoyens motivés par la vie de leur collectivité sont peu nombreux comme nous l'avons vu et ils constituent le seuil-plancher de la participation sur la base duquel viendront se greffer des opposants éventuels au projet, plan ou programme.

¹³⁶⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 546.

¹³⁷⁰ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808.

D'autre part, si la défense d'une cause est le principal vecteur du surplus de mobilisation citoyenne, une démarche contestataire n'est pas exclusive de toute démarche constructive à la définition de l'intérêt général de la part du participant. Autrement dit, la promotion des intérêts particuliers est rarement exclusive de toute considération d'intérêt général. La défense des intérêts individuels ou collectifs constitue le mobile de l'intervention dans la phase d'élaboration de la décision, mais elle en constitue rarement le seul motif. La contestation des projets soumis à un processus participatif est généralement légitimée par la revendication d'une autre vision de l'intérêt général, qui reste tout de même un socle de valeurs partagées tant par l'administration que par les citoyens-participants. Dans leur ensemble, les citoyens comprennent tout à fait que l'intérêt général puisse primer sur les intérêts particuliers. Ils savent surtout que l'administration est plus apte à s'ouvrir à un débat portant sur la définition même de l'intérêt général, quand bien même elle n'est pas toujours prête à en partager le monopole. Ce n'est pas sur le terrain des intérêts individuels que les citoyens ont des chances d'être entendus. Il est vrai que les responsables publics rejettent systématiquement toute démarche consistant à promouvoir les stricts intérêts particuliers. Afin de répondre aux canons de la conception classique de l'intérêt général¹³⁷¹, les citoyens souhaitant défendre une cause individuelle ou collective sont nécessairement amenés à apporter dans le débat des éléments objectifs et donc à participer de façon constructive à la définition de l'intérêt général. Le citoyen sait qu'il a davantage de chance d'être entendu en s'opposant intelligemment et en développant des arguments objectifs. C'est alors dans cette vision autre du Bien commun que les participants cherchent un moyen de ne plus être affectés négativement par le projet soumis au processus participatif. Si les motifs justifiant le projet étaient amenés à évoluer, il y aurait ainsi de fortes chances que ce projet évolue dans un sens favorable afin de ne plus impacter la situation des citoyens-participants. Cette vision traduit parfaitement la logique du « *NIMBY* », que l'on peut à ce stade traduire en « pourquoi pas, mais pas derrière chez moi » et que l'on retrouve dans le domaine de l'aménagement vis-à-vis des riverains. Les participants ne sont pas nécessairement contre l'idée d'un projet, mais à la condition qu'il ne les affecte pas. Idéalement, il faudrait le réaliser ailleurs. Et, s'il ne peut pas en aller autrement, le citoyen devra contester l'opportunité même du projet, si besoin par le recours à des arguments purement juridiques, qui constituent le second pilier de la contestation. Lorsque la promotion d'une vision autre de l'intérêt général risque de ne pas suffire, le développement de moyens d'illégalité prend le relais pour remettre en cause les projets dès le stade préalable de la participation. C'est assez naturellement que le

¹³⁷¹ Voir *infra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

conflit pourra se poursuivre au plan contentieux. Dans la pratique, ces démarches sont assez facilement repérées par les responsables publics, qui s'attachent alors à développer l'ensemble des arguments en faveur du projet et à rejeter les arguments présentés par les particuliers comme témoignant d'une simple défense des intérêts individuels que l'administration n'est pas prête à entendre. L'administration n'aime en effet pas avoir affaire aux citoyens repliés sur leur sphère privée.

226. Cette tendance des responsables de projet, plan ou programme à rejeter les contre-arguments présentés par les particuliers est plus contestable vis-à-vis des représentants d'intérêts collectifs ou objectifs, c'est-à-dire des représentants des employeurs, des employés et des travailleurs indépendants, des représentants associatifs intervenant dans le domaine de la protection des consommateurs, de l'environnement ou de la santé et des représentants des usagers. La participation de ces corps constitués de la société civile est nécessairement détachée d'une défense d'intérêts strictement individuels et l'administration ne peut pas opposer avec autant de force sa vision de l'intérêt général. Ces représentants d'intérêts collectifs sont d'ailleurs reconnus par les pouvoirs publics comme légitimes et de nature à contribuer à l'intérêt général¹³⁷², ce qui peut aller dans certains domaines jusqu'à justifier l'octroi d'un agrément¹³⁷³ voire la délégation de missions de service public. Même lorsque la participation est justifiée par une démarche de nature contestataire et motivée par la défense d'une cause, les responsables publics ne seront jamais fondés à réduire la participation de ces acteurs (les forces vives de la Nation ou du moins les parties prenantes à la gestion d'un service public) à la défense égoïste d'intérêts particuliers.

Or, à y regarder de plus près, ces acteurs ont aussi parfois tendance à se positionner comme de simples groupes de pression. Certes théoriquement plus enclins à participer dans l'intérêt général, ils ne sont pas prêts dans la pratique à abandonner la promotion des intérêts

¹³⁷² Par exemple, l'article L. 110-1 du code de l'environnement accorde une valeur d'intérêt général à la protection de l'environnement. Il dispose que :

« I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.

Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine. (...)

II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs (...).

¹³⁷³ Voir *supra*, n° 108.

catégoriels, collectifs ou objectifs, qu'ils sont habilités à défendre au profit d'un intérêt général promu par l'administration. C'est d'ailleurs leur raison d'être. Dans le quotidien de la gestion des affaires courantes, au sein d'organes collégiaux ou durant des procédures de participation ouverte, ces acteurs font passer, comme tout particulier, les intérêts qu'ils défendent avant l'intérêt général et le justifient par une vision autre de l'intérêt général. Qu'ils défendent les employeurs, les salariés, les consommateurs, les usagers ou encore l'environnement, les représentants syndicaux et associatifs défendent des intérêts collectifs ou objectifs pouvant se voir reconnaître un label d'intérêt général si l'administration en fait le choix. En effet, définir l'intérêt général peut tout à fait consister à arbitrer entre différents intérêts publics et privés en présence. L'arbitrage effectué révèle la plupart du temps un choix volontaire de faire prévaloir tel intérêt au détriment d'un autre. C'est donc en contestant ce choix effectué par l'administration que les représentants d'intérêts fondent leur vision autre de l'intérêt général. Parallèlement, le rôle de ces acteurs peut aussi se limiter à l'examen de la proposition qui leur est faite sous le prisme des intérêts portés par le corps social dont ils émanent. Tout au plus, ils sont à même d'accepter un compromis. Et lorsqu'ils déplorent l'absence d'une réelle concertation avec l'administration, c'est en générale que leur position de départ n'a pas été respectée. Le risque réside ici trop souvent dans la logique du « tout ou rien ». Ainsi, au sein d'un organe collégial, les représentants de la société civile se positionnent rarement comme des administrateurs et se contentent dès lors de leur rôle de représentants d'intérêts voire de groupes de pression. La sociologie de ces représentants d'intérêts peut inciter à ce type de comportement contestataire. Qu'ils soient élus par les usagers ou nommés sur proposition d'une association, les personnalités qui représentent le mieux les intérêts de leur corps social ont plus de chance de succès que les personnalités modérées, ouvertes au dialogue, qui ont souvent des difficultés à s'imposer. Toutefois, il ne faut pas tomber dans la caricature. Si les groupes d'intérêts peuvent avoir tendance à se positionner en force d'opposition, on ne peut pas dire qu'il n'y ait aucune démarche constructive de leur part. À l'instar de la précision législative selon laquelle la participation du public a pour objet de permettre au public d'émettre des « propositions » ou des « contre-propositions »¹³⁷⁴, les associations environnementales, par exemple, formalisent souvent des propositions alternatives aux problèmes soulevés par les projets soumis à la procédure. Ces éléments donnent sens aux propos de J. Morand-Deville, pour qui « *passer d'une culture de la démocratie représentative à une culture de la démocratie participative, dans un pays tel que la France est un défi difficile à relever. Passer d'une culture de la contestation*

¹³⁷⁴ Voir les articles L. 121-9 et L. 123-15 du code de l'environnement ; article L. 103-4 du code de l'urbanisme.

à une culture de la concertation est tout aussi ardu, sauf à prendre conscience qu'il ne s'agit pas de remplacer l'une par l'autre, ni même de donner une priorité à l'une plutôt qu'à l'autre mais de les encourager pour qu'elles aillent de concert, se stimulent, s'enrichissent mutuellement »¹³⁷⁵. En effet, c'est de l'organisation de cadre d'expression permettant la contestation des projets que pourront apparaître de nouvelles propositions de nature à satisfaire les divers intérêts en présence.

227. L'ensemble de ces constats semble de nature à remettre en cause l'idée selon laquelle la participation du citoyen constitue une concrétisation de l'aspiration démocratique. Manifestement, les citoyens ne revendiquent pas en masse un droit d'être associé à la prise de décision, du moins lorsqu'ils ne sont pas directement affectés. Dans leur ensemble, les citoyens ne semblent enclins à participer que pour promouvoir ou défendre une cause individuelle, collective ou objective. De ces résultats, certains pourraient être tentés de penser que, ne remplissant pas leur fonction démocratique, ces instruments participatifs ne mériteraient ainsi pas d'être autant développés. Or, le constat d'une mobilisation généralement motivée par la défense d'une cause individuelle, collective ou objective, ne doit pas conduire à remettre en cause l'utilité des processus participatifs mais simplement à en redéfinir les fonctions. Il faut ainsi ne pas limiter l'exigence de participation citoyenne à un strict aspect démocratique. Elle constitue aussi et peut-être même surtout une garantie de nature défensive.

§ 2 – La redéfinition de la fonction citoyenne de la participation

228. La faible appropriation par le citoyen des instruments de la participation n'est pas sans poser de problème quant à la théorie de la démocratie administrative et plus largement de la démocratie participative évoquées précédemment. En effet, il ne semble pas possible d'affirmer que ce mouvement en faveur de la participation du citoyen réponde à une aspiration généralisée d'association constructive à la prise de décision. Le citoyen ne souhaite dans les faits pas exprimer son consentement à l'action administrative, ce qui constitue pourtant le fondement de la théorie démocratique moderne. Certes, la doctrine et plus généralement les tenants de la

¹³⁷⁵ J. MORAND-DEVILLER, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. La participation ne se décrète pas », *JCP A*, n° 4, 4 novembre 2002, p. 130.

participation citoyenne essaient de trouver des explications rationnelles à cette mobilisation quantitativement faible et qualitativement motivée par une logique défensive en recherchant des causes extérieures à la société civile. Mais le phénomène d'une participation quantitativement faible et qualitativement motivée par la défense d'une cause semble davantage devoir s'expliquer par des considérations qui lui sont inhérentes. Si les citoyens sont peu enclins à participer à la prise de décision, c'est en réalité pour deux raisons qui remettent en cause la vision idéalisée d'une société civile aspirant à une association démocratique à l'exercice du pouvoir. La première est à trouver du côté de la société civile (A) qui est caractérisée par une culture de la délégation. La seconde résulte de la prise en considération d'un aspect consubstantiel à la participation (B) qui peut tout aussi bien s'inscrire dans une logique démocratique d'association du citoyen à la définition de l'intérêt général, avec les faibles résultats que l'on connaît, que dans une logique de garantie défensive, permettant au citoyen de revendiquer ses intérêts individuels, collectifs ou objectifs.

A – Une faible mobilisation citoyenne justifiée par des considérations inhérentes à la société civile

229. Face au constat d'échec relatif des dispositifs d'association constructive du citoyen à la définition de l'intérêt général, les tenants de la participation développent souvent des explications rationnelles à cet échec, qui serait alors le fruit de causes extérieures à la société civile (1). Vue comme une anomalie, la faible participation et la défense des intérêts particuliers auraient pour cause un dysfonctionnement dans la mise en œuvre de la démocratie administrative. Tout ceci serait dû à une pluralité de causes extérieures au citoyen lui-même et l'abstentionnisme participatif n'en serait que la conséquence fâcheuse. Or, il faut pourtant s'accorder sur le fait que le particulier, citoyen *lambda*, n'a jamais véritablement souhaité participer plus activement à la définition de l'intérêt général. Dans son ensemble, la société civile se caractérise par une véritable culture de la délégation (2), c'est-à-dire que les citoyens laissent volontiers à leurs représentants élus le soin d'agir dans l'intérêt général. C'est ce qui explique qu'à défaut d'être directement affecté, il s'abstient.

1) *La vaine recherche de causes extérieures à la société civile*

230. Pour tenter d'expliquer, voire d'excuser, l'abstentionnisme citoyen lors de la mise en œuvre des processus participatifs, la doctrine a pu mettre en avant une pluralité de causes extérieures à la société civile qu'il est possible de regrouper deux catégories d'explications.

231. La première explication peut se résumer dans l'idée selon laquelle l'évolution du droit administratif, et plus généralement du droit public, aurait conduit à un déséquilibre en faveur la promotion des droits individuels au détriment des dispositifs d'association collective à la prise de décision. Cette thèse est notamment défendue par B. Faure¹³⁷⁶. Pour le comprendre, il faut revenir brièvement sur les grandes étapes du développement du droit administratif. Dans un premier temps, les bases du droit administratif se sont consolidées autour des notions de puissance publique et de service public d'abord dans le cadre de l'État gendarme, visant schématiquement à garantir l'ordre public, puis dans le cadre de l'État providence, visant à répondre aux besoins essentiels de la collectivité. Le droit administratif, tel qu'il s'est développé dans la jurisprudence administrative jusque dans les années 1970, s'est attaché à offrir à l'administration les moyens d'affirmer sa prééminence sur la société composée d'administrés appelés à rester passifs vis-à-vis de la prise de décision. Ainsi en est-il allé du développement de la théorie générale de l'acte administratif unilatéral, des mesures d'ordre intérieur et du régime de la responsabilité pour faute lourde de l'administration. À cette première étape, s'est progressivement substituée une nouvelle approche juridique consistant à promouvoir toujours davantage de libertés et droits fondamentaux des individus¹³⁷⁷, à développer les contrôles de

¹³⁷⁶ B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013, p. 709.

¹³⁷⁷ Sur ce point voir notamment J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.* : « La logique des "droits-créances" est plus explicite dès l'instant où les administrés peuvent se prévaloir vis-à-vis de l'administration d'un "droit fondamental" pour exiger d'elle une action positive. Cette problématique est notamment présente en matière d'environnement, la Charte de l'environnement du 1er mars 2005 ayant doté le droit de l'homme à "vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé" d'une portée nouvelle en l'assurant d'un ancrage constitutionnel. La consécration par le législateur de "l'opposabilité" de certains de ces droits va plus loin encore, en donnant aux intéressés des moyens juridiques pour assurer leur garantie effective : élevé dès 1982 à rang de "droit fondamental", le droit au logement est ainsi devenu, depuis la loi du 5 mars 2007, un droit "opposable", garanti par l'État en cas de défaillance des collectivités locales ; la loi du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire s'inspire d'une logique identique. À travers la consécration de ces droits, on voit se dessiner une nouvelle figure de l'administré : celui-ci n'apparaît plus seulement comme un "assujéti", soumis au pouvoir administratif, ou comme un "usager", tenu de consommer docilement les prestations que l'administration lui offre, mais encore comme un "citoyen" disposant d'un ensemble de droits vis-à-vis de l'administration ; on sait que le pas a été franchi par la loi du 12 avril 2000 relative aux "droits de citoyens dans

conventionnalité¹³⁷⁸ et de constitutionnalité¹³⁷⁹ et à développer des instruments soumettant l'administration au regard du citoyen¹³⁸⁰. Ce mouvement toujours en voie d'approfondissement implique le développement d'une administration vigilante et ne pouvant plus échapper aux obligations qui lui incombent, sauf à courir le risque d'un contrôle citoyen par la voie du contentieux¹³⁸¹. Ce grand mouvement d'approfondissement des droits publics subjectifs¹³⁸² a fait émerger la figure de l'individu, de l'administré devenu désormais un « citoyen » doté de droits individuels et collectifs que l'administration doit impérativement s'attacher à respecter dans toutes les situations. Pour ce faire, l'administration est désormais soumise à un contrôle plus approfondi de la part du juge administratif qui s'est attaché à développer le contrôle du bilan « coûts-avantages »¹³⁸³ et le contrôle de « proportionnalité »¹³⁸⁴, même dans des domaines où l'administration disposait traditionnellement d'un large pouvoir discrétionnaire.

leurs relations avec les administrations" : comme le rapport parlementaire le soulignait, il ne s'agit plus "d'octroyer des droits à un administré, même sous le nom d'usager, mais de respecter ceux que détient le citoyen dans un État démocratique" ».

¹³⁷⁸ CE, 30 mai 1952, Dame Kirwood, *RDP*, 1952, p. 781, concl. LETOURNEUR, note WALINE ; Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel, IVG, *Rec. Cons. const.*, p. 19 ; *AJDA*, 1975, p. 134, note RIVERO ; *D.*, 1975, p. 529, note HAMON ; *JDI*, 1975, p. 249, note RUZIE ; *RDP*, 1975, p. 185, comm. FAVOREU et PHILIP ; *Cah. dr. eur.*, 1975, p. 608, note RIDEAU ; *RID comp.*, 1975, p. 873, note ROBERT ; *JCP*, 1975, II, n° 18030, note BEY ; *Gaz. Pal.*, 1976, 1, 25, note PELET ; CE, ass., 20 octobre 1989, Nicolo, *Rec.*, 190, concl. FRYDMAN ; *JCP*, 1989, II, n° 21371, *RFDA*, 1989, p. 812, *RTD eur.*, 1989, p. 771, *RGDIP*, 1989, p. 1041, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 125 ; *RUDH*, 1989, p. 262 ; *Gaz. Pal.*, 12-14 nov., 1989, obs. CHABANOL ; *RJF*, 1989, p. 656 ; *AJDA*, 1989, p. 756, chr. HONORAT et BAPTISTE et p. 788, note SIMON, 788 ; *RFDA*, 1989, p. 824, note GENEVOIS, p. 993, note FAVOREU, p. 1000, note DUBOIS ; *RFDA*, 1990, p. 267 obs. RUZIE ; *LPA*, 15 nov. 1989, note GRUBER, 11 déc. 1989, comm. LEBRETON, 7 févr. 1990, comm. FLAUSS ; *JCP*, 1990, I, n° 3429, comm. CALVET ; *RTD eur.*, 1989, p. 787, note ISAAC ; *D.*, 1990, chr. p. 57, KOVAR, p. 135, note SABOURIN ; *RGDIP*, 1990, p. 91, note J. BOULOUIS, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 139, note LAGARDE ; *Rev. Marché commun*, 1990, p. 384, note LACHAUME ; *RDP*, 1990, p. 801, note TOUCHARD ; *AFDI*, 1989, p. 91, comm. RAMBAUD.

¹³⁷⁹ CE, ass., 7 juillet 1950, Dehaene, *rec.*, p. 426, *RDP*, 1950, p. 651, concl. GAZIER, note M. WALINE ; *JCP*, 1950, II, 681, concl. GAZIER ; *Rev. adm.*, 1950, p. 366, concl. GAZIER, note LIET-VEAUX ; *S.*, 1950, 3, 109, note J.D.V. ; *D.*, 1950, p. 538, note GERVAIS ; Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel, Liberté d'association, *Rec. Cons. const.*, p. 29 ; Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JO*, 24 juillet 2008, p. 11890.

¹³⁸⁰ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO*, 18 juillet 1978, p. 2851 ; 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, *JO*, 12 juillet 1979, p. 1711 ; Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO*, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646.

¹³⁸¹ On note une tendance générale à l'apaisement du contentieux par le développement de modalités alternatives aux règlements des conflits.

¹³⁸² ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit.*

¹³⁸³ CE, ass., 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est », *Rec.*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *AJDA*, 1971, p. 404, chr. LABETOULLE et CABANES et 463, concl. BRAIBANT ; *RA*, 1971, p. 422, concl. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE ; *D.*, 1972, p. 194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971, II, 16873, note HOMONT ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE.

¹³⁸⁴ CE, 19 mai 1933, Benjamin, *Rec.*, p. 541 ; *S.*, 1934, 3, 1, concl. MICHEL, note MESTRE ; *D.*, 1933, p. 354, concl. MICHEL.

Le développement certes progressif mais très affirmé de l'ensemble de ces contraintes pour l'administration et de ces droits publics subjectifs au profit du citoyen contraste avec le développement beaucoup plus modeste des instruments d'association du citoyen à la définition de l'intérêt général dans le cadre de la démocratie administrative. Les instruments de participation citoyenne sont en effet pour l'essentiel dépourvus de toute portée réellement contraignante pour l'administration. Si de nombreux dispositifs doivent être systématiquement mis en place, ils n'ont pas vocation à lier l'administration, qui reste libre de définir le contenu de son projet. Dans ce cadre, la représentation de la société civile dans les organes collégiaux délibérants reste le plus souvent quantitativement réduite. S'agissant des organes collégiaux consultatifs et des procédures de participation du public, les avis, observations et remarques déposés peuvent tout à fait ne pas faire évoluer le projet initial ; tout au plus l'administration se doit d'y répondre et de motiver son projet¹³⁸⁵. Et c'est sans compter sur l'ensemble des outils qui ne sont pas requis à titre obligatoire et que l'administration n'utilise que très peu, comme les comités consultatifs locaux et les processus référendaires. Les innovations apportées dans le domaine de la participation du citoyen à la décision administrative sont tout de même nombreuses, mais elles « *resteront moins saisissantes que celles enregistrées au plan du contentieux où le juge administratif s'est trouvé, au nom de l'approfondissement de l'État de droit au niveau national et européen, doté de tous les moyens de pression pour s'assurer que la République soit obéie par ses serviteurs* ».

Ce déséquilibre entre le renforcement des droits et libertés individuels et la promotion timide des outils de démocratie participative aurait naturellement conduit le citoyen à se replier sur sa sphère privée et à se dessaisir de son droit de participer dans la sphère publique. Comme l'évoque B. Faure, « *notre démocratie administrative ne fait pas droit à une doctrine politique très différente de celle qui anime notre démocratie libérale plus attachée à la libération de l'homme par la justice qu'à la construction concertée du collectif* »¹³⁸⁶. B. Faure développe ainsi son raisonnement : « *Mais il faut bien reconnaître que la résurgence des droits de l'homme de 1789, la pénétration du thème de l'État de droit comme références sacrées de notre démocratie politique depuis une trentaine d'années auront plus puissamment et adroitement armé l'administré-requérant que l'administré-citoyen. Le premier fait figure de modèle officiel qui explique les retards de l'autre. Le caractère inachevé de notre démocratie administrative n'a pas tant sa source dans les malfaçons techniques imputables à des réformes imparfaites que*

¹³⁸⁵ Voir *infra*. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹³⁸⁶ B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *op. cit.*

dans l'inégal statut de ces deux conceptions dont l'une règne au détriment de l'autre, avec pour conséquence que c'est dans le cadre du procès administratif que les oppositions devront finir par se résoudre (...). Le revers est qu'il faut mesurer ce que cela implique de tacite déconstruction de la citoyenneté administrative en faisant penser que notre démocratie vit mieux du contentieux, de la dénonciation, qu'elle se justifie dans l'incessant relevé de ses manquements à ses impératifs. Alors, il ne s'agit plus de participer à la bonne marche de l'administration, mais de la faire reculer. Le problème est que la consécration de l'administré-requérant ne débouche pas ipso facto sur la constitution d'un sujet de droit apte à l'administration de la collectivité par elle-même. Ce pourrait même être le contraire. La politique des droits de l'homme véhicule ainsi un discours critique très puissant sur les dysfonctionnements de nos machineries administratives mais qui ne dit rien sur la direction globale du mouvement, qui ne donne pas le visage de ce que pourrait être l'organisation collective du bien commun. Le résultat se traduit en désinvestissement silencieux de la chose publique au profit de l'accomplissement de bonheurs privés, l'administré restant muré dans sa vie privée et l'enceinte de ses droits alors que la vie publique reste encore trop largement réglée par l'administration. Et dans une vie administrative que ne traversent ni les grands périls ni les grandes passions, la perspective d'une coproduction des règles administratives par les citoyens serait encore jugée utopique ou insignifiante »¹³⁸⁷. Ainsi, le développement des droits publics subjectifs aurait donc en quelque sorte créé un individu davantage porté sur la défense de ses intérêts particuliers qu'un citoyen impliqué dans le processus de définition de l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle, par principe passif, le citoyen ne devient actif que s'il est concerné ou se sent concerné par un projet de décision de nature à affecter défavorablement ses intérêts ou ses convictions.

232. Une seconde explication proposée tient dans l'idée selon laquelle l'administration inciterait par son comportement les citoyens à s'éloigner des processus participatifs mis en place. L'administration ne jouerait elle-même pas véritablement le jeu de la participation, ce qui décevrait ceux qui accepteraient de s'y consacrer, en ne faisant pas preuve d'une écoute attentive aux prises de position des participants, et qui aurait pour conséquence de les faire fuir ou de les amener au conflit. Comme le dit J.-P. Ferrier, « *il est vrai aussi, que la participation déçoit souvent ceux qui acceptent d'y consacrer une partie de leur temps* »¹³⁸⁸. L. Blondiaux

¹³⁸⁷ *Idem.*

¹³⁸⁸ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 689.

décrypte assez fidèlement ce qui peut poser problème dans le comportement de l'administration. Pour lui, « *les difficultés de ceux qui font l'effort de s'engager tiennent (...) au rôle qu'ils se voient contraints de jouer sur ces scènes démocratiques d'un type nouveau. Ils se trouvent en effet placés devant une série d'injonctions contradictoires qui ne peuvent au final que les paralyser et les inciter à désertier. Ils sont invités à prendre la parole, mais dès qu'ils le font de manière un peu trop vive (en prenant leur rôle trop au sérieux, par exemple), on la leur reprend immédiatement. Ils sont invités à s'intéresser aux affaires de la cité (et sont stigmatisés s'ils ne le font pas), mais dès qu'ils mettent en avant leurs intérêts particuliers, ils sont taxés d'égoïsme et coulés au pilori de l'intérêt général. Il leur est demandé enfin d'intervenir dans la discussion au titre de "citoyens ordinaires", de profanes, mais dès qu'ils commencent à acquérir une véritablement connaissance des dossiers et des rouages de l'action publique, ils sont immédiatement suspectés de n'être plus des citoyens ordinaires, de devenir des "habitants professionnels" et de ne plus être représentatifs. Ils entrent aussi directement en concurrence avec les savoirs et la légitimité des élus et des techniciens, ce que ces derniers tolèrent mal* »¹³⁸⁹. À cela s'ajoutent d'autres constats généralement admis. Un « entre soi » partagé par les élus, les techniciens et les habitants rôdés à la pratique peut parfois être caractérisé¹³⁹⁰, ce qui ne facilite pas l'expression des nouveaux venus. L'ordre du jour des réunions peut se limiter à l'examen des affaires courantes¹³⁹¹, dont l'objet n'intéresse pas forcément l'ensemble des participants. Les capacités d'investissement des collectivités restent souvent limitées dans un contexte de baisse drastique des subventions en provenance de l'Etat. Les élus ont parfois tendance à se contenter d'une simple explication de leurs choix, limitant ainsi la participation à une prise de connaissance. Enfin, les projets présentés peuvent être d'ores-et-déjà arrêtés dans leurs caractéristiques générales lorsque débute le processus participatif, même lorsqu'il s'agit juridiquement d'une phase de concertation. À cet égard, l'essentiel du travail se fait dans les bureaux secrets des administrations et la participation se réalise uniquement dans ce que J. Rivero appelle les « *nombreux temps morts qui séparent (...) les diverses phases actives du processus d'élaboration d'un acte* »¹³⁹². Il en ressort que

¹³⁸⁹ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 34.

¹³⁹⁰ Dans une « note d'étonnement du Conseil des Témoins », instituée dans la ville de Rennes dans le cadre de la « Fabrique citoyenne », l'Association pour la promotion de l'action et de l'animation sociale relève une « impression que tout le monde se connaît déjà : élus, techniciens, habitants « habitués ». De plus on observe parfois de la part des participants des attitudes qui excluent au lieu d'inclure ; par exemple, des élus ou techniciens qui restent ou discutent entre eux ». Voir <http://metropole.rennes.fr/actualites/institutions-citoyennete/citoyennete/les-nouveaux-conseils-de-quartiers/>.

¹³⁹¹ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », op. cit., p. 689. Il parle de « *questions d'intendance* ».

¹³⁹² J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », op. cit., p. 828.

l'administration n'est toujours pas prête à partager le monopole de la définition de l'intérêt général avec le citoyen. Dans ce cadre, les points de vue du citoyen risquent fort de ne pas influencer sur le sens et la portée des décisions soumises au processus participatif, que ce soit parce que le projet est déjà bouclé ou parce que l'administration ne s'ouvre pas aux arguments promus par des acteurs extérieurs dont elle peine à reconnaître la légitimité ou l'expertise. Certes, l'administration consent à associer le citoyen, souvent sous la contrainte du législateur, mais l'écoute des points de vue exprimés n'est pas toujours au rendez-vous. Comme l'illustre J.-B. Auby, « *les enquêtes publiques, par exemple, sont, de l'avis de tous ceux qui en ont observé le fonctionnement, plus des exercices formels que les occasions d'expression citoyenne et d'évaluation des choix publics à venir qu'elles devraient être* »¹³⁹³. Avec de tels comportements, il ne faut pas s'étonner que la participation soit quantitativement limitée et qu'elle s'essouffle lorsqu'elle s'inscrit dans la durée. Si l'administration n'est pas elle-même convaincue de la chose et ne s'inscrit pas dans une démarche sincère, il est tout à fait logique que le citoyen ne soit pas incité à adopter un comportement civique et qu'il se replie sur sa sphère privée. À l'instar des propos de J. Rivero, « *c'est dans les contacts quotidiens nés de l'action administrative que se forment la représentation que l'homme se fait du pouvoir, et les attitudes psychologiques qui en découlent. Si le citoyen, dans son expérience de chaque jour, conserve une âme de sujet, on doute fort qu'il puisse la dépouiller lorsqu'il est convié à l'exercice de la souveraineté ; il n'y a pas de démocratie digne de ce nom là où le souverain demeure inconscient de ses responsabilités, indifférent au bien commun, là où l'esprit civique fait défaut ; l'homo democraticus est le fondement de toute démocratie ; et l'on doute qu'il puisse se développer si le régime administratif ne donne pas l'occasion et l'habitude des comportements civiques* »¹³⁹⁴. Dès lors, dans cette conception, la responsabilité des résultats insatisfaisants de la participation appartient aussi à l'administration elle-même.

233. Quelle que soit l'influence de ces phénomènes juridiques et pratiques sur la mobilisation citoyenne, les liens de causalité restent encore à prouver. Ces théories ne permettent pas d'expliquer pourquoi les nombreuses démarches exemplaires mises en place, notamment au niveau local dans le cadre des dispositifs de pétitions ou de budgets participatifs, peinent également à mobiliser les citoyens. Il semble que les explications décisives de cet

¹³⁹³ J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹³⁹⁴ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op. cit.*, p. 829.

abstentionnisme participatif et de la tendance à la défense des intérêts particuliers sont à rechercher du côté d'aspects inhérents à la société civile qui se caractérise par une culture de la délégation.

2) *Une culture de la délégation inhérente à la société civile*

234. La société civile, tout particulièrement en France, est marquée par un traditionnelle fétichisme de l'État qui caractérise notre modèle politique et qui se concrétise par une large demande d'intervention de l'État ou plus largement des autorités publiques pour résoudre les maux de la société civile, et dont il résulte une insuffisance ou un retard en matière de culture et de pratiques participatives¹³⁹⁵. La société civile est ainsi plus prompte à attendre des responsables publics des solutions convenant à tous, que de construire en son sein le Bien commun. C'est ce qu'a notamment démontré une enquête menée au États-Unis en 2002¹³⁹⁶ et relatée par L. Blondiaux. Ce dernier indique que « *dans une enquête qualitative et quantitative approfondie réalisée auprès d'un échantillon de la population américaine, les chercheurs John Hibbing et Elizabeth Theiss-Morse ont jeté (...) un pavé dans la mare en affirmant que les citoyens américains ne souhaiteraient nullement être plus impliqués dans les affaires gouvernementales. Adhérant à la logique du gouvernement représentatif, ils aspireraient simplement à ce que les décideurs fassent bien leur travail. Plus fondamentalement encore, leurs réticences à s'engager politiquement s'expliqueraient par une aversion à l'égard de toute forme de conflit de nature politique ou idéologique. Cette réserve résulterait d'une forme d' "évitement du politique" (...). Mais la même enquête souligne simultanément que ces citoyens souhaitent également pouvoir être entendus des gouvernements dès lors que leurs intérêts directs sont engagés (...). Le souci de disposer d'un pouvoir d'empêcher l'emporterait sur un improbable désir de gouverner* »¹³⁹⁷. Même s'il n'existe pas d'enquête équivalente en France, ces résultats sont de nature à expliquer la mobilisation citoyenne quantitativement faible et qualitativement motivée par la défense des intérêts. Le citoyen américain, comme l'essentiel des citoyens de par le monde, n'a aucune aspiration à participer activement et démocratiquement à l'action des pouvoirs publics *in abstracto*. Il délègue volontiers cette

¹³⁹⁵ C. FLEURY, *Les pathologies de la démocratie*, Librairie générale française, 2009.

¹³⁹⁶ J. HIBBING et E. THEISS-MORSE, *Should Work*, Cambridge university Press, 2002.

¹³⁹⁷ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 31-32.

mission à des responsables publics qu'il se contente d'élire et se désintéresse « *des problématiques éloignées du quotidien* »¹³⁹⁸. Cependant, le citoyen revendique un droit de participer *in concreto* lorsqu'il est concerné ou se sent concerné par un projet d'acte susceptible de porter atteinte à ses intérêts particuliers ou à une cause qu'il défend. Il jugerait non démocratique une décision qui ne lui permettrait pas de se faire entendre. C'est la raison pour laquelle, si les citoyens « *approuvent à une forte majorité, dans les enquêtes d'opinion, le principe de consultations démocratiques plus fréquentes, notamment au travers du référendum mais aussi de dispositifs plus controversés comme les jurys de citoyens, ils se mobilisent en pratique beaucoup plus difficilement dans les instances officielles de démocratie participative mises en place à leur intention* »¹³⁹⁹. Nous pouvons alors parler d'une démocratie à la carte et d'un citoyen consommateur de l'action publique, ce qui nous éloigne du souhait formé par J. Rivero, pour qui « *l'essence de l'aspiration démocratique est l'adéquation maximum des gouvernants et des gouvernés ; sa réalisation concrète implique, à la limite, la substitution, au "ils" par lequel le sujet désigne les détenteurs mystérieux du pouvoir, affirmant ainsi l'hétérogénéité de leur volonté par rapport à la sienne, du "nous" qui, dans la bouche du citoyen, consacre l'identification des deux volontés ; C'est une limite ; il n'est pas certain qu'elle puisse être atteinte ; mais on peut tenter de s'en approcher* »¹⁴⁰⁰. Le particulier ne manifeste aucun souhait d'être impliqué à la définition de l'intérêt général et plus largement son souhait d'exercer quotidiennement sa souveraineté. Tout ceci nous dresse le profil d'un citoyen préférant rester passif tant qu'il ne trouve pas un intérêt à participer. À cette première dimension peut accessoirement s'ajouter la culture de l'affrontement comme mode privilégié de résolution des conflits dans la société française, quand les pays germaniques et scandinaves privilégieraient la culture du compromis. L'administration comme la société civile serait ainsi peu enclines à rechercher le consensus en préférant défendre leurs positions de départ quitte à entrer dans un conflit frontal. Cela pourrait paraître paradoxal, mais alors que la société civile ne souhaite pas véritablement participer à l'action publique, elle souhaite pourtant pouvoir se faire entendre à tout moment.

¹³⁹⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 541.

¹³⁹⁹ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 31-32.

¹⁴⁰⁰ J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », op. cit., p. 822.

235. Ce qu'il faut comprendre de ces développements relatifs à la pratique défensive de la participation, c'est que cette appropriation par le citoyen ne peut pas être considérée comme un simple détournement regrettable de l'usage des outils de la participation par le citoyen. Il faut absolument se détourner, les responsables publics et l'administration doivent le comprendre, d'une conception strictement démocratique de la participation, selon laquelle cette dernière serait le fruit d'une demande sociale généralisée d'une meilleure association des citoyens à la prise de décision. On s'est jusqu'à présent attaché à relativiser cette conception. Il ne faut en la matière pas avoir une vision idéalisée de l'histoire du développement de cette notion récente de participation du citoyen à la décision administrative. L'apparition en droit positif d'instruments d'association de la société civile a d'abord constitué une réponse au développement du mouvement syndical et associatif, qui a su s'imposer comme un interlocuteur crédible et légitime de l'administration. Ceci s'est concrétisé par la mise en place de toute une série d'organes collégiaux intégrant ses représentants. Plus précisément, le développement des instruments de la participation citoyenne a constitué une réponse à des conflits importants portés par ces acteurs sur des projets portés par l'administration, et dont il a fallu trouver une issue positive en intégrant plus en amont ces forces d'opposition. L'extension de ce mouvement participatif à tous les citoyens, dans le cadre de procédures ouvertes ou d'organes collégiaux locaux, apparaît alors non pas comme une dérive de ce mouvement, mais comme une ambition d'abord politico-juridique détachée d'une aspiration réelle de la société civile. On le voit, l'essentiel des citoyens ne manifeste pas d'envie participative particulière. Dès lors, le développement de l'ensemble de ces instruments ne peut pas répondre correctement aux ambitions initialement fixées par les tenants de la démocratie participative. La participation n'a dans les faits aucune vocation à permettre au peuple d'exercer sa souveraineté sous une forme autre que le processus électoral, comme a pu nous le faire croire une lecture rapide des écrits relatifs à la conception moderne de la légitimité démocratique. Tout au plus peut-elle permettre à une faible minorité de citoyens impliqués de participer activement à la gestion des affaires publiques. Dès lors, la participation n'a pas non plus vocation à constituer ce remède à la crise de la démocratie représentative, puisque le citoyen semble dans sa majorité se détacher de toutes les modalités d'intervention directe dans la sphère publique. S'il n'a plus tout à fait confiance dans ses représentants, il ne compte certainement pas les remplacer ou les contourner par des moyens d'action plus directs.

Il n'est pas là question de remettre en cause le fondement démocratique même de la participation, dont l'objectif louable reste toujours d'ouvrir le processus décisionnel en

permettant au citoyen individualisé ou représenté d'intervenir dans l'élaboration de la décision administrative. La participation s'inscrit bien dans le mouvement de promotion de la démocratie administrative, selon laquelle la démocratie se réalise au quotidien par le développement de techniques juridiques permettant d'associer le citoyen à la prise de décision. Cependant, les résultats en la matière sont et resteront quantitativement assez minces. En outre, reste d'actualité l'idée développée notamment par B. Daugeron¹⁴⁰¹ selon laquelle la participation répondrait à une nouvelle définition de la légitimité démocratique résultant d'une forme nouvelle de consentement populaire. En effet, même s'il ne s'investit que très peu, le citoyen semble aujourd'hui attaché à ce qu'il puisse s'exprimer sur un projet lorsqu'il le désire. Il juge ainsi comme non démocratique une décision qui ne permettrait pas aux personnes concernées de faire entendre leur voix. Cette recherche du consentement ne s'exprime dès lors pas par une association régulière, mais par la faculté offerte à chacun de s'opposer ponctuellement aux projets qui affectent les intérêts particuliers ou les causes défendues. L'expression du consentement citoyen se traduit en réalité par l'expression d'une opposition. Ce faisant, il faut reconnaître à la participation une nouvelle qualité, une seconde fonction citoyenne, celle de constituer une garantie de nature défensive.

B – Une logique défensive consubstantielle à la participation

236. En intervenant très ponctuellement pour promouvoir une cause individuelle, collective ou objective qui serait atteinte par un projet de décision, le citoyen utilise indéniablement la participation comme une garantie de nature défensive. Cette pratique ne constitue pas simplement le symptôme d'une anomalie, mais en réalité l'essence même de la participation citoyenne, pouvant tout aussi bien constituer un instrument d'association démocratique à l'exercice du pouvoir qu'une garantie permettant à chacun de défendre ses droits et intérêts. La participation apparaît alors sous les traits d'un « droit-garantie » (1). Ce caractère défensif, la participation citoyenne la partage avec d'autres notions avec lesquelles elle entretient des liens étroits, celles de procédure contradictoire et de procédure administrative non contentieuse. Si la doctrine peut parfois laisser penser qu'il en allait ainsi, cette fonction défensive ne constitue pas un emprunt à ces deux notions, mais bien une caractéristique propre de la participation (2).

¹⁴⁰¹ Voir *supra*, n° 208.

1) *La participation citoyenne comme droit-garantie*

237. Excepté lors d'un processus référendaire, « *les participants doivent pouvoir faire valoir leurs droits à l'égard de l'administration* »¹⁴⁰². Cette fonction défensive inscrit la participation citoyenne dans le mouvement d'approfondissement de l'État de droit¹⁴⁰³ consistant à développer, aux côtés des droits substantiels, des « droits-garanties » ou des « droits-procéduraux ». Sont concernés les droits qui « *visent à donner à l'individu les instruments propres à assurer une protection effective de ses droits [substantiels]* »¹⁴⁰⁴. La participation citoyenne apparaît en effet comme un droit-garantie ou un droit-procédural lorsqu'elle permet aux particuliers ou aux représentants d'intérêts de défendre leurs droits substantiels comme le droit de propriété, le droit à un environnement sain, le droit des travailleurs, le droit des consommateurs, la santé publique ou tout autre intérêt légitime. En participant au processus décisionnel, le citoyen souhaite défendre ses droits et intérêts. C'est ce qu'a pu démontrer notre étude de la pratique citoyenne de la participation. C'est d'ailleurs le fondement initial de l'essentiel des instruments participatifs, qu'il s'agisse de la procédure contradictoire, de la représentation des intérêts au sein de multiples organes collégiaux et des procédures d'enquête publique originellement mises en place dans le cadre de l'élaboration de projets affectant de façon plus ou moins directe le droit de propriété. Ce n'est que récemment que le droit de participer a été ouvert au citoyen désintéressé au sein des multiples procédures de participation du public. Or, seule une minorité de citoyens utilisent la participation comme l'expression d'un droit substantiel d'association à la prise de décision, en œuvrant de façon désintéressée au profit de l'intérêt général. Dans sa plus grande majorité, le citoyen soit s'abstient, soit participe si ses intérêts sont affectés. On le voit, le citoyen éprouve une difficulté à concevoir son droit de participer comme un droit substantiel, ce qu'il est pourtant devenu compte tenu des progrès des instruments de participation du public. Appréciée dans son essence démocratique, la participation citoyenne a en effet acquis cette dimension de droit substantiel. Comme l'indique Ch. Testard, « *force est de constater (...) que les procédés de participation ne sont pas nécessairement des outils de protection d'autres droits, si ce n'est celui des administrés de*

¹⁴⁰² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 187.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴⁰⁴ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 466.

participer à l'élaboration de certaines décisions administratives : ainsi des mécanismes de consultations locales ou de consultations électroniques menées sur le fondement du CRPA, pour lesquels la participation se suffit à elle-même. Elle est protégée en tant que telle, en dehors de tout droit substantiel : elle tendrait alors à accéder au statut de droit substantiel (...), la participation devient un droit propre à l'administré mis au service de sa seule volonté et capacité de prendre part à l'élaboration des décisions administratives »¹⁴⁰⁵. Cette approche témoigne du caractère hybride de la notion de participation citoyenne qui s'analyse tout aussi bien comme une manifestation de la démocratie administrative, en tant que droit substantiel permettant au citoyen d'être associé à la prise de décision, que comme une manifestation de l'État de droit, en tant que droit garantie ou procédural permettant au citoyen de défendre ses intérêts face à un projet de décision de nature à les affecter. Ainsi, il n'est pas possible d'affirmer que la participation citoyenne n'a qu'une fonction démocratique ou qu'une fonction défensive. Les deux se conjuguent. Pour autant, il reste que, dans les faits, le citoyen semble préférer la seconde à la première.

238. Cette vision d'une participation conçue comme une garantie défensive conduit à poser la question de savoir si cette exigence ne constitue pas l'expression de deux autres notions juridiques qui partagent cette même caractéristique, à savoir la contradiction et la procédure administrative non contentieuse, ce qu'estime parfois la doctrine.

2) *La dimension de droit-garantie, un caractère propre de la participation*

Puisque la participation conduit directement ou indirectement le citoyen à s'exprimer préalablement à l'adoption d'une décision affectant ses intérêts, doivent être ici évoqués les liens qu'elle entretient avec le concept de contradiction, qui acquiert cette même fonction de garantie de nature défensive. À cet égard, la doctrine a parfois tendance à voir dans les instruments de participation du citoyen à la décision administrative des formes de procédures contradictoires. Cette comparaison est souvent faite à propos de l'enquête publique régie par le code de l'expropriation, qui est parfois analysée comme « *une procédure contradictoire conçue*

¹⁴⁰⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 389-390.

comme une garantie de la propriété immobilière et des droits réels »¹⁴⁰⁶ ou « *une procédure contradictoire dont l'originalité est d'être collective* »¹⁴⁰⁷. De la même façon, on peut estimer que l'enquête publique environnementale n'a pas perdu cette dimension initiale de garantie individuelle de protection du droit de propriété¹⁴⁰⁸. Si l'esprit du législateur lors de la réforme issue de la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques, a été d'en faire un instrument de participation plus collective et plus constructive, le public n'a pas véritablement changé sa pratique. L'enquête publique resterait une forme de procédure contradictoire ouverte, permettant aux personnes affectées par le projet de défendre leurs intérêts. Cette réalité participative est souvent dénoncée par les acteurs locaux, car vue comme la simple expression d'individus égoïstes. Mais on ne peut raisonnablement pas reprocher à une personne de faire prévaloir son intérêt individuel, quand les procédures environnementales constituent un cadre précontentieux lui permettant de défendre ses intérêts particuliers. Depuis la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement, l'article L. 123-1 du code de l'environnement officialise cette fonction défensive en disposant que l'enquête publique a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que « *la prise en compte des intérêts des tiers* » lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement. Ce lien avec le concept de contradiction pourrait être alors fait de façon générale au regard de nombreux processus participatifs. C'est ce qui ressort notamment des propos de R. Hostiou, lorsqu'il affirme que « *l'enquête préalable en matière d'expropriation publique, le recours aux organismes consultatifs lorsque ceux-ci font une place aux représentants des intéressés, les "droits de la défense" traduisent sans aucun doute la règle selon laquelle, en droit administratif français un grand nombre de décisions ne peuvent être prises sans que l'intéressé ait été préalablement entendu* »¹⁴⁰⁹.

Or, analyser les instruments de participation du citoyen à la décision administrative comme des procédures contradictoires constitue une inversion de logique. Il n'est pas vrai de dire que la notion de participation du citoyen à la décision administrative intègre le concept de contradiction. P. Idoux a démontré que le droit positif ne permet pas de retenir une acception large du concept de contradiction, selon laquelle il serait décelable « *dès lors qu'elle permet la discussion préalable des motifs d'un projet de décision entre les intéressés, quelle que soit la*

¹⁴⁰⁶ Y. JÉGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *op. cit.* Voir aussi B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁰⁷ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, 6^e édition, 2011, p. 250.

¹⁴⁰⁸ Voir *supra*, n° 162.

¹⁴⁰⁹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 324-325.

nature de cette décision »¹⁴¹⁰, comme c'est le cas des procédures de participation du public. La contradiction se limite juridiquement à permettre « *aux personnes intéressées de discuter les motifs d'une décision juridictionnelle ou d'un acte administratif individuel préalablement à son adoption par le juge ou l'administration* »¹⁴¹¹. La fonction défensive de la participation citoyenne n'est donc pas un emprunt à la contradiction. Cependant, il est inversement possible d'intégrer au sein de la notion plus large de participation les procédures contradictoires pour deux raisons évidentes. D'abord, parce qu'elles répondent à la définition matérielle de la participation. Elles permettent en effet au citoyen d'intervenir dans la procédure d'élaboration d'une décision administrative. Une procédure contradictoire se définit comme le droit pour une personne de présenter ses observations, partant d'être informée du projet de décision, avant l'édition d'une mesure individuelle défavorable dont elle est destinataire. Ainsi définie, la procédure contradictoire peut tout à fait intégrer, et c'est l'un des aspects de notre thèse, les instruments de la participation citoyenne, dont le champ d'application ne se limite pas aux seules décisions individuelles défavorables et aux personnes qui en sont directement destinataires. Ensuite et surtout, les procédures contradictoires partagent cette fonction défensive de la participation, À cet égard, il ne semble pas y avoir de différence substantielle entre une procédure contradictoire et une procédure de participation du public. Toutes deux visent bien à contredire l'administration en vue de la défense d'une cause, notamment en contestant les motifs du projet de décision. Simplement, à la différence de la procédure contradictoire, il n'est jamais ici possible lors d'une procédure de participation du public de savoir avec précision à l'avance quelles seront les personnes concernées et les intérêts qui seront affectés par le projet. Il n'est pas non plus possible de savoir dans quel état d'esprit se situeront les participants. C'est tout l'intérêt de l'approche ouverte, puisqu'elle permet à chacun, s'il le souhaite, de prendre part au processus d'élaboration d'un projet, que ce soit pour se défendre ou pour part démocratiquement au processus décisionnel.

239. À défaut de découler de la contradiction, la fonction de garantie défensive de la participation citoyenne pourrait sembler découler plus largement de la notion de procédure administrative non contentieuse, dont l'un des objectifs, outre celui de l'uniformisation des pratiques administratives¹⁴¹², consiste à limiter l'action arbitraire de l'administration et à

¹⁴¹⁰ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 53 s

¹⁴¹¹ *Idem.*

¹⁴¹² J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.*, 1956, p. 27.

garantir les droits des administrés. C'est l'intérêt même d'une règle procédurale de constituer une garantie juridique. R. Odent affirme que « *le libéralisme juridique se manifeste autant, et probablement avec une efficacité pratique plus grande, par les règles de procédure que par le contenu même du droit* »¹⁴¹³. Selon J.-M. Auby, « *les règles de procédure constituent une garantie pour les administrés, assurés, grâce à elles, que les décisions prises à l'encontre de leurs droits ou de leurs intérêts seront précédées d'un examen sérieux, objectif et impartial des circonstances de droit et de fait, ou encore que l'exécution de ces décisions ne pourra être poursuivie de manière arbitraire* »¹⁴¹⁴. G. Vedel et P. Delvolvé insistent sur le caractère préventif de ces « *garanties destinées à protéger les administrés contre les abus de l'administration, avant qu'ils ne soient commis* »¹⁴¹⁵. Ces instruments de légalité externe ont alors une véritable incidence sur le fond de l'affaire. En ouvrant la possibilité à la personne concernée d'émettre des observations avant la prise de la décision qui porte atteinte à ses intérêts, celle-ci va d'abord chercher à se défendre en invoquant des moyens juridiques propres à contrer l'action de l'administration. Ainsi, « *pour la protection des administrés, les commodités de toute nature qui leur sont offertes pour faire valoir leurs droits et défendre leurs intérêts contre l'arbitraire administratif sont déterminantes* »¹⁴¹⁶. De cette façon, la participation du citoyen apparaît comme un moyen de juridictionnaliser le processus d'élaboration de la décision administrative, pour reprendre les propos de J. Rivero pour qui « *la procédure d'élaboration de la décision administrative tant réglementaire qu'individuelle peut s'inspirer de deux schémas opposés : la décision juridictionnelle ou la décision militaire. On peut la concevoir comme le terme d'un processus d'élaboration contradictoire, au cours duquel le ou les intéressés ont été appelés à faire entendre leur voix, à présenter leurs vœux et doléances, à défendre leur dossier. On peut aussi la concevoir comme le résultat d'une conférence d'État-major où les divers bureaux ont soumis au grand chef, dans le secret, leurs besoins et leurs possibilités, les assujettis n'ayant d'autre rôle que l'obéissance à l'ordre, avec le recours, si cette obéissance les laisse encore de ce monde, de la réclamation après coup* »¹⁴¹⁷. Analysée sous cet angle, la participation du citoyen à l'élaboration des décisions apparaît au

¹⁴¹³ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 55.

¹⁴¹⁴ J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 27.

¹⁴¹⁵ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴¹⁶ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 178.

¹⁴¹⁷ J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *op. cit.*, p. 819.

sein des règles de procédure de nature à protéger le citoyen contre l'arbitraire administratif et à lui offrir une garantie précontentieuse.

Or, si ce lien avec la notion de procédure administrative non contentieuse s'entend pour les instruments de participation à la procédure, il doit être dépassé lorsqu'il s'agit de caractériser la représentation des intérêts dans les organes collégiaux décisionnels en présence d'un instrument de participation à la compétence. Qu'elle s'instaure dans des organes collégiaux consultatifs ou décisionnels, la représentation de la société civile permet, selon le comportement des acteurs, tout autant la défense préalable des intérêts, cette fois-ci nécessairement appréciée de façon collective, qu'une participation constructive à la définition de l'intérêt général. Partant, cette fonction de garantie défensive n'est pas non plus un emprunt à la procédure administrative non contentieuse mais bien une des fonctions propres à la participation, qu'elle s'exerce au stade de la procédure ou au stade de l'exercice même de la compétence.

Conclusion du Chapitre 1

240. L'étude de la pratique citoyenne de la participation démontre que le citoyen peut en retirer deux avantages et partant que cette notion recouvre deux fonctions distinctes. En premier lieu, en permettant à la société civile de participer activement à la prise de décision, la participation du citoyen à la décision administrative reflète une formidable expression de l'aspiration démocratique. Permettre à chaque citoyen de prendre part au processus décisionnel, c'est permettre tout simplement à chacun d'exercer sa citoyenneté. Or, force est de constater que les individus sont encore très loin de devenir ces véritables citoyens actifs participant de façon régulière à la construction de l'intérêt général, au Bien commun, dans un objectif de revitalisation du fonctionnement démocratique de nos institutions. Si le citoyen semble se détacher de ses élites démocratiques, force est de constater qu'il n'est pas très attaché non plus à développer d'autres moyens d'expression de sa citoyenneté en se saisissant des processus participatifs offerts par la loi ou par choix volontaire de l'administration. Seule une infime minorité de citoyens s'approprie les instruments de la participation en vue de participer activement à la gestion des affaires publiques. Comme l'affirme J. Morand-Deville, « *la participation ne se décrète pas dans les couloirs des assemblées ou dans les antichambres ministérielles, mais se vit sur le terrain* »¹⁴¹⁸. Il faut surtout reconnaître, en second lieu, que le principal apport des instruments de la participation citoyenne réside dans l'ouverture d'une faculté de contestation préalable des projets administratifs essentiellement au profit de la défense d'une cause individuelle, collective ou objective. Ce faisant, la participation acquiert une forte dimension de garantie défensive.

Dès lors, une nouvelle classification des différents instruments participatifs peut être ici proposée. D'un côté, il est possible de regrouper les dispositifs de représentation des intérêts et les procédures de participation du public, en ce qu'ils peuvent cumuler les deux aspects constructif et défensif de la participation, selon l'esprit dans lequel le citoyen a voulu se placer. Inversement, les instruments référendaires et la procédure contradictoire apparaissent comme des instruments antagonistes à fonction unique. Les instruments référendaires se présentent uniquement comme des instruments de démocratie semi-directe par l'octroi d'une faculté pour le corps électoral d'exprimer par un vote son consentement ou son opposition à un projet de

¹⁴¹⁸ J. MORAND-DEVILLER, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. La participation ne se décrète pas », *op. cit.*, p. 130.

décision qui leur est soumis. Sans présenter le caractère d'une garantie de nature défensive, les instruments référendaires peuvent tout de même présenter un aspect de type contestataire, puisqu'ils peuvent permettre de bloquer des projets eu égard à des considérations de type « NIMBY »¹⁴¹⁹. À l'opposé, la procédure contradictoire a exclusivement une nature de garantie défensive, en permettant aux personnes intéressées de présenter leurs moyens de défense lorsqu'ils sont destinataires d'une décision individuelle défavorable. Il faut ainsi se détacher quelque peu de l'articulation proposée par le code des relations entre le public et l'administration, qui opère une distinction entre la procédure contradictoire¹⁴²⁰ et l'association du public à la prise de décision¹⁴²¹ car, on le voit, il n'existe pas de frontière très nette.

Pour certains, cette double fonction n'empêche pas l'intégration de l'ensemble des instruments participatifs dans une acception large de la démocratie administrative, qui regroupe ces deux aspects constructif et défensif. Pour B. Faure, la démocratie administrative « *mobilise (...) dans une démocratie par le dialogue et dans une démocratie par le droit, deux types de moyens qui correspondent à deux visions du monde, deux manières opposées d'être ensemble. La première est un outil d'administration et constitue son versant positif, la seconde est un instrument de contestation et forme son versant privatif* »¹⁴²². Au regard de cette ambiguïté conceptuelle, il serait alors possible, comme l'a fait G. Isaac, d'affirmer que « *c'est par l'élaboration contradictoire de la décision administrative, dans le principe audi alteram partem, que la démocratie trouvera son application la plus remarquable dans l'administration, tant il est vrai que l'exigence démocratique est bien avant tout le désir de ne pas subir une loi sans avoir été entendu* »¹⁴²³. Il ne s'agit pas là de défendre ou de contester cette acception de la démocratie administrative, mais de démontrer les liens que peuvent entretenir entre eux l'ensemble des instruments participatifs, lorsque l'on se place du point de vue du citoyen. La poursuite de l'étude de la notion pousse à adopter un second point de vue, celui de l'intérêt que peut en retirer l'administration. À ce titre, il est possible de faire ressortir deux autres fonctions à la participation citoyenne.

¹⁴¹⁹ D. TURPIN, « Démocratie représentative et démocratie participative », in *Constitutions et pouvoirs : mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrétien, 2008, p. 579.

¹⁴²⁰ Intitulé du titre II du livre I^{er} du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁴²¹ Intitulé du titre III du livre I^{er} du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁴²² B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *op. cit.*

¹⁴²³ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 242-243. Pour une approche opposée, voir Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 68.

Chapitre 2 – Les fonctions pour l’administration, la recherche d’efficacité

241. Pour l’administration, la mise en place de procédures participatives est parfois vue comme une contrainte, un facteur « *de dilution et d’affaiblissement du pouvoir, (...) de contestation, [de] ralentissement de l’action politique et administrative, d’alourdissement de la procédure décisionnelle* »¹⁴²⁴, ou encore d’« *indécision* »¹⁴²⁵. Mais le recours à la participation du citoyen peut aussi être un facteur d’efficacité de l’action administrative. Appréciée à l’aune de la participation citoyenne, cette notion d’efficacité se conçoit de deux façons. Elle vise d’abord la recherche d’une action qualitative, c’est-à-dire adaptée à la réalité sociale ou aux objectifs poursuivis par l’administration, ce qui la rapproche du concept de performance. Elle caractérise aussi la recherche d’une action exécutoire, c’est-à-dire qui sera concrètement appliquée. La notion d’efficacité dans l’action administrative se compose ainsi des moyens mis en œuvre par l’administration pour atteindre un résultat. Parmi ces moyens offerts à l’administration, la participation du citoyen à la décision administrative figure en bonne place. D’abord, durant le stade de l’instruction des dossiers, elle facilite la recherche d’informations préalable à l’élaboration d’une décision de qualité (Section 1). Ensuite, en permettant une décision qui sera mieux acceptée (Section 2), la participation consolide le stade de l’exécution de la décision. En d’autres termes, comme l’indique l’article L. 120-1 du code de l’environnement, depuis l’ordonnance du 3 août 2016, « *la participation du public à l’élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement est mise en œuvre en vue : 1° D’améliorer la qualité de la décision publique et de contribuer à sa légitimité démocratique* ». Et ce qui est valable en matière environnementale l’est aussi de manière générale pour la participation du citoyen à la décision administrative. Alors que « *l’analyse de l’acte administratif s’inscrit classiquement dans une forme linéaire, laquelle met en évidence différents temps, successifs, d’élaboration dudit acte, de "vie" de l’acte puis de sortie de vigueur* », la notion de participation « *est susceptible d’exercer des effets diffus sur l’ensemble du processus. Allant plus loin, elle suppose même un renforcement des interactions entre ces différentes phases : l’attention portée au processus de création de l’acte doit produire des conséquences sur le contenu de la décision elle-même et sur son exécution. La participation du public n’aurait pas de sens si ses manifestations devaient se limiter au seul processus*

¹⁴²⁴ A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *op. cit.*, p. 33.

¹⁴²⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 34.

d'élaboration : l'enjeu est bien que la décision s'en trouve modifiée. Dans une perspective de renouvellement de la légitimité de la décision se crée ainsi un lien logique et naturel entre son élaboration et son exécution »¹⁴²⁶.

Section 1 – La participation au service de l'instruction de la décision administrative

242. Outre sa soumission au pouvoir politique doté de la légitimité démocratique¹⁴²⁷, l'administration tient classiquement sa légitimité de sa capacité à définir et à défendre l'intérêt général en toute objectivité. Pour ce faire, l'administration s'est initialement développée selon un modèle bureaucratique de caractère fermé. La participation du citoyen apparaissait comme inutile pour deux raisons essentielles. D'une part, la participation du citoyen était jugée inutile compte tenu du caractère suffisant du savoir et de l'expertise offerts par l'administration et ses agents pour la définition de l'intérêt général. L'administration ne ressentait pas le besoin d'être éclairée par les destinataires de son action unilatérale. D'autre part, la participation du citoyen ne pouvait induire que la défense des intérêts particuliers, ce qui était jugé comme incompatible avec la définition d'un intérêt général conçu comme transcendant les intérêts particuliers. Or, depuis l'Après-guerre, le développement et la technicité des missions désormais confiées à la puissance publique ont remis en cause ce modèle bureaucratique d'une administration fermée sur son environnement social. L'administration a été conduite à moderniser son fonctionnement et à s'ouvrir à la participation du citoyen (§ 1). Les instruments de cette participation sont en effet apparus comme de nature à offrir à l'administration un moyen technique de rendre plus efficace l'instruction des décisions qu'elle projette, en développant son information et en lui permettant de prendre des décisions adaptées à l'environnement dans lequel elle agit (§ 2).

¹⁴²⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 425.

¹⁴²⁷ Voir *supra*, n° 197 et s.

§ 1 – La participation citoyenne au cœur de la modernisation de l’administration française

243. La reconnaissance des apports de la participation du citoyen à la décision administrative a accompagné le mouvement de modernisation de l’administration française dans deux de ses aspects. La participation citoyenne apparaît d’abord comme la conséquence directe d’une mutation, sur un plan sociologique, de l’idéologie de l’intérêt général, ayant conduit à une réhabilitation des intérêts particuliers (A). Sur un plan plus opérationnel, la participation citoyenne a également été promue à plusieurs reprises comme un instrument de la réforme des services publics et y apparaît comme une nouvelle exigence à mettre en œuvre (B).

A – La redéfinition de l’idéologie de l’intérêt général ou la réhabilitation des intérêts particuliers

244. Avant d’apprécier les liens entre la participation du citoyen et l’idéologie de l’intérêt général, encore faut-il revenir brièvement sur ce que signifie l’intérêt général. Si cette notion est au cœur du droit administratif, il n’est pourtant pas possible d’en décrire très précisément les contours. Comme le signale M. Hauriou, il est impossible de donner une définition « *valable pour tous les temps et pour tous les pays, puisqu’elle est pour une grande part sous la dépendance des mœurs et des transformations sociales* »¹⁴²⁸. En tant que notion fonctionnelle, elle se définit, non par son contenu, mais par les fonctions qui lui sont attribuées et qui lui donnent son unité. Classiquement, on considère que l’intérêt général constitue tout aussi bien le fondement, le but et la limite de l’administration, ou plus largement de la puissance publique. Il est le but et la limite de l’intervention de l’administration, en ce sens tout simplement qu’une décision ne visant pas l’intérêt général ou excédant ses limites sera considérée comme illégale¹⁴²⁹. Surtout, il est au fondement de la puissance publique, puisqu’on lui reconnaît une fonction de cohésion sociale. Face à la vision d’une société civile désordonnée et menacée de désintégration par des intérêts particuliers, collectifs ou personnels, qui s’opposent et se contredisent, la puissance publique incarne le Bien commun, seul à même d’assurer une unité

¹⁴²⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e édition, 1933, p. 59.

¹⁴²⁹ Voir *infra*, n° 267.

par-delà les conflits qui opposent cette société civile. Dans la philosophie de Th. Hobbes¹⁴³⁰, de J. Locke¹⁴³¹, ou encore de J.-J. Rousseau¹⁴³², la puissance publique, c'est-à-dire l'État, naît du contrat social par lequel les individus lui attribuent le pouvoir souverain afin de garantir leur sécurité, leurs droits et leurs libertés. L'état social ainsi constitué vise le dépassement des conflits inhérents à l'état de nature, dans lequel « *l'Homme est un loup pour l'Homme* »¹⁴³³. Cette fonction de dépassement du conflit interne à la société civile et de détermination du Bien commun prend alors le nom de volonté générale au niveau législatif et d'intérêt général au niveau administratif. Pour J. Chevallier, la question de la détermination de l'intérêt général « *est indissociable d'une problématique de la centralité. L'intérêt général ne saurait en effet résulter de l'ajustement spontané des intérêts particuliers ; il passe par la médiation d'une instance capable, en raison de sa position spécifique, de réaliser la synthèse des volontés individuelles et de définir un intérêt commun à l'ensemble des membres* »¹⁴³⁴. Par nature neutre et impartiale, la puissance publique, ici l'administration, est donc seule en mesure d'imposer l'intérêt général. Ce faisant, certes de caractère juridique, la notion d'intérêt général présente un fort aspect politique en termes de légitimité. En effet, la légitimité de l'administration a toujours reposé, comme l'évoque F. Rangeon, sur « *un fond commun de représentations partagées par tous : les élus, les fonctionnaires et le public. Les premiers fixent, par leur parole légitime, le contenu politique de l'intérêt général ; les seconds se représentent l'intérêt général comme le fondement et la justification de leur fonction ; les derniers perçoivent l'intérêt général comme la finalité de l'État* »¹⁴³⁵. Dans les États modernes, l'autorité repose tout aussi bien sur un élément de rationalité, à savoir le principe de légalité qui fonde l'État de droit, que sur un élément « *plus faible au plan rationnel* »¹⁴³⁶, à savoir l'intérêt général visant en quelque sorte le Bien commun. C'est sur ce « *postulat* »¹⁴³⁷ que repose l'acceptation des citoyens à être gouvernés par une puissance publique disposant du « *monopole de la contrainte physique légitime* »¹⁴³⁸ et du pouvoir d'action unilatérale. B. Seiller exprime à ce titre que « *la place centrale occupée par*

¹⁴³⁰ Th. HOBBS, *Le Léviathan*, 1651.

¹⁴³¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1659.

¹⁴³² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

¹⁴³³ Th. HOBBS, *Le Léviathan*, 1651.

¹⁴³⁴ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978, p. 18.

¹⁴³⁵ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 14.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p. 23. Pour cet auteur, « *tout le système de contrôle repose sur l'idée selon laquelle la loi est censée poursuivre un but d'intérêt général. Mais il s'agit là d'un postulat, et non d'une démonstration. L'intérêt général est en quelque sorte le dernier maillon du raisonnement, mais c'est aussi le maillon le plus faible au plan rationnel* ».

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴³⁸ M. WEBER, *Le savant et le politique*, Plon, 1959, p. 102.

les actes administratifs unilatéraux au sein du droit public français se justifie par le souci de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers »¹⁴³⁹.

De ce point de départ accepté par tous, se sont construites successivement deux conceptions, deux idéologies, de l'intérêt général. Par-delà sa généalogie qui a pu être retracée¹⁴⁴⁰, et ses fonctions qui se perpétuent continuellement, la mise en œuvre de l'intérêt général est marquée par une mutation théorique et pratique dans l'administration contemporaine. Si classiquement, l'intérêt général devait se déterminer dans le cadre d'une administration fermée à la société civile (1), le développement de la participation citoyenne concrétise une vision revisitée de cette idéologie désormais plus ouverte (2). On opposera ainsi la conception « volontariste » à la conception « utilitariste » de l'intérêt général.

1) Une conception classique de l'intérêt général justifiant le développement d'une administration bureaucratique

245. Traditionnellement, la vision française de l'intérêt général repose sur un principe de d'extériorité de l'administration vis-à-vis de la société civile. En tant qu'ils sont porteurs de leurs intérêts particuliers, collectifs ou personnels, la participation des citoyens est vue comme une source de « *pression (...) de nature à compromettre la sérénité des choix administratifs* »¹⁴⁴¹. En effet, la promotion des intérêts particuliers bute sur la vision, portée par les administrateurs, élus et fonctionnaires, d'un intérêt général transcendant ces mêmes intérêts particuliers et qui les surplombe. Comme le décrit J. Chevallier, cette idéologie « *repose sur une construction dichotomique de l'espace social, censé être formé de deux sphères radicalement distinctes et séparées par une cloison étanche : d'un côté, la "sphère privée", ou société civile, qui correspond au domaine des activités privées et des intérêts particuliers ; de l'autre la "sphère publique" incarnée par l'État, qui porte l'intérêt général du groupe social* »¹⁴⁴². Dans cette vision, « *la fonction de l'État est d'articuler, d'harmoniser, d'intégrer les intérêts sociaux, en fixant des hiérarchies et des ordres de priorité, ou en élaborant des compromis. Ce rôle, l'État est appelé à le jouer parce qu'il est le seul à échapper aux conflits*

¹⁴³⁹ B. SEILLER, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2004, p. 483.

¹⁴⁴⁰ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁴¹ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 26.

qui déchirent la société et à l'emprise des hiérarchies sociales ; L'État est par essence neutre et impartial »¹⁴⁴³. Dans cette conception « volontariste », la définition de l'intérêt général doit se faire en dehors de tout contact ou de toute référence à la sphère privée. Pour parvenir à l'unité, à résoudre cette crise interne à la société civile qui est affectée par son caractère désordonné en raison des conflits qui opposent ses membres et pour garantir des choix justes et équitables, l'administration doit absolument s'isoler des pressions venues de la société civile et de garantir son indépendance. L'intérêt général, ici perçu comme supérieur et extérieur aux intérêts particuliers, justifie que l'administration dispose d'un monopole pour le définir, puisque, de leur côté, les citoyens et « *les organisations de citoyens ne sont jamais censées parler pour l'intérêt général mais toujours pour des intérêts corporatistes face à l'intérêt général monopolisé par les élus* »¹⁴⁴⁴. Dans l'idéal de cette idéologie classique de l'intérêt général, la fonction de l'administration ne devrait alors pas reposer sur une logique de compromis ou d'arbitrage entre différents intérêts particuliers. « *La recherche du consensus, qu'impliquerait notamment le développement de la consultation ou de la participation des administrés, ne pourrait se faire qu'au détriment de la conception volontariste de l'intérêt général* »¹⁴⁴⁵. À l'instar des propos de J.-J. Rousseau, « *dans une législation parfaite, la volonté particulière ou individuelle doit être nulle* »¹⁴⁴⁶. Comme l'évoque encore J. Chevallier, « *administrer ne consiste pas pour le fonctionnaire à trouver un compromis satisfaisant entre les divers intérêts en présence, mais à faire prévaloir son point de vue* »¹⁴⁴⁷. De fait, « *ne connaissant que son devoir, n'écoutant que sa conscience, le fonctionnaire opte de lui-même, spontanément, pour ce qui est "raisonnable", c'est-à-dire techniquement justifié, socialement utile et politiquement possible* »¹⁴⁴⁸. L'intérêt général se confond alors avec l'intérêt public et les intérêts privés n'ont pas vocation à être placés sur un même niveau, qui justifierait des compromis ou des arbitrages. Comme l'évoque notamment B. du Marais, le modèle français est fondé sur « *l'imperium de la volonté politique, censée incarner l'intérêt général, et sur la souveraineté des institutions politiques qui représentent le peuple* »¹⁴⁴⁹. De façon caricaturale, toute décision publique est par principe d'intérêt général, car elle émane des autorités incarnant cet intérêt général. Il y a alors une forme de confusion entre l'auteur et la finalité de l'action administrative. Est d'intérêt

¹⁴⁴³ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁴⁴ P. LE LOUARN, « Réflexions sur la démocratie locale participative, le temps et le droit », in *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, 2004, p. 404.

¹⁴⁴⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

¹⁴⁴⁷ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴⁴⁹ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, p. 34.

général, ce que détermine l'autorité publique, sauf à constituer un détournement de pouvoir¹⁴⁵⁰. L'intérêt général ne se démontre pas et n'a pas de finalité intrinsèque.

L'esprit de ce dispositif repose sur des fondements philosophiques anciens, mais s'est aussi et surtout inscrit dans une vision historique de la fonction de l'État pouvant expliquer l'absence d'ouverture sur la société civile. Jusqu'au début du XX^e, la fonction essentielle de l'État s'épuisait essentiellement dans ses activités régaliennes, à savoir ses missions de sécurité intérieure avec les forces de police et la justice, de sécurité extérieure avec l'armée, d'émission de monnaie, de réglementation des rapports entre les individus avec l'apparition de multiples codes en droits civil et pénal, et sa mission d'instruction et d'éducation. L'ensemble de ses missions d'autorité place la puissance publique dans une dimension verticale vis-à-vis de la société civile qu'il s'agit d'encadrer. Plus particulièrement, la protection des individus, l'encadrement de leurs relations juridiques et leur instruction impliquent traditionnellement de dépasser les intérêts particuliers qui, sans intervention de la puissance publique, ne vont pas de concert. Dans ces domaines d'action, l'association de la société civile était classiquement jugée inutile, car de nature à troubler la position du surplomb de l'administration. Si elle agissait au profit de la société civile, l'administration n'avait nul besoin de tenir compte des intérêts particuliers pour les encadrer. Au contraire, la rencontre avec les intérêts particuliers ne s'opérait que dans une logique de conflit. C'est la raison pour laquelle les lobbies ont toujours été considérés en France comme une source de nuisance et qu'ils ne sont pas officiellement reconnus.

246. Ce principe de fermeture sur la société civile, s'il continue à se perpétuer dans l'esprit de nombreux administrateurs, élus ou agents, s'est progressivement vu concurrencé par la promotion d'une administration plus ouverte traduisant une redéfinition de l'idéologie de l'intérêt général ou un rapprochement avec la conception anglo-saxonne de cette même notion.

¹⁴⁵⁰ Voir *infra*, n° 267.

2) *Une conception moderne de l'intérêt général justifiant le développement d'une administration ouverte*

247. À la vision d'un intérêt général abstrait et transcendant, s'oppose la vision d'un intérêt général concret reposant davantage sur les intérêts particuliers. L'intégration du citoyen, et par son intermédiaire de la société civile, dans le processus décisionnel apparaît progressivement comme un véritable moyen pour l'administration de s'assurer de la qualité des décisions qu'elle prend dans un contexte où l'action administrative étend son emprise à des domaines qui relevaient classiquement de l'initiative privée.

Le point de départ de cette révolution idéologique est en effet le mouvement d'extension de la sphère publique et du périmètre d'action de l'administration. S'ajoutant aux compétences traditionnelles en matière de défense, de police, de justice et d'éducation, un premier mouvement d'extension a ouvert l'administration à la gestion des grands services publics en matière de production et de distribution d'énergie, de fourniture de l'eau, d'organisation des transports publics, sans fondamentalement modifier les pratiques administratives. Ce n'est qu'à partir de l'Après-guerre, avec la prise de compétence en matière économique et sociale, que les choses vont véritablement changer du point de vue théorique et pratique. Traduisant le passage de l'État paternel, présent pour protéger les individus, à l'État maternel¹⁴⁵¹, préoccupé « *de leur bien-être, de leur épanouissement, de leur bonheur* »¹⁴⁵², l'évolution de l'idéologie de l'intérêt général a suivi l'extension progressive des attributions de la puissance publique dans une multitude de domaines, qu'il s'agisse de la santé, de l'environnement, de l'urbanisme, du logement, de la consommation, des affaires économiques, du travail, des professions réglementées, de l'agriculture, etc.... De ce phénomène d'extension de la sphère publique, il n'y a guère de secteur d'activité qui ne soit pas touché par l'action directe des pouvoirs publics ou par un encadrement juridique toujours plus intense. Mais surtout, sur un plan théorique, la frontière entre intérêt général et intérêts particuliers s'est brouillée.

L'objectif premier de l'action administrative ne consiste plus à transcender des intérêts particuliers qu'il faudrait mettre à distance pour parvenir à la concorde au sein d'un État gendarme. Au contraire, dans ces nouveaux domaines d'action, l'État providence et l'État stratège veulent s'adresser directement aux intérêts particuliers. L'administration peut d'abord

¹⁴⁵¹ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 56.

agir directement au profit de la sphère privée en offrant diverses prestations de service public afin de répondre aux besoins essentiels de la population. En souhaitant orienter les comportements en vue d'un intérêt public, l'administration agit ensuite au sein de la sphère privée en matière économique, sociale et environnementale. L'intérêt général ne peut dès lors plus se résumer à un intérêt public supérieur et extérieur aux intérêts particuliers, qu'il faut désormais prendre en compte pour agir efficacement. La sphère publique s'est ainsi diffusée au sein de la sphère privée et ces deux sphères s'entremêlent. Comme l'évoque J. Chevallier, dans cette conception moderne, « *l'intérêt général n'est plus considéré comme l'expression d'une identité collective spécifique, distincte de celle des éléments constitutifs, mais comme la résultante d'un processus d'arbitrage entre les demandes sociales. L'intérêt général ne sort pas tout armé du cerveau des fonctionnaires : à la base, on trouve des intérêts particuliers, fragmentaires et concurrentiels, des membres ; le rôle des fonctionnaires est de mettre ces divers intérêts en balance, afin de parvenir au meilleur compromis possible. La réhabilitation des intérêts particuliers coïncide donc avec une certaine désacralisation de l'intérêt général : les intérêts particuliers ne sont plus frappés d'illégitimité, puisqu'ils contribuent à la formation de l'intérêt général ; et, à l'inverse, l'intérêt général ne peut être envisagé sans référence aux intérêts particuliers dont il est le produit, la condensation, la cristallisation* »¹⁴⁵³, de sorte que « *la différence entre intérêt général et intérêts particuliers n'est plus perçue comme étant d'essence mais de degré* »¹⁴⁵⁴.

248. Partant, si la promotion des intérêts particuliers n'est plus frappée d'illégitimité pour la définition de l'intérêt général, l'association à la prise de décision des acteurs chargés de les défendre ne l'est plus non plus. La figure du citoyen apparaît dès lors, non plus comme une source de pression, mais comme un soutien indispensable à une action de qualité, répondant efficacement aux attentes et aux besoins exprimés par la société civile. Désormais, il est de bonne administration de rechercher les contacts et le rapprochement avec le citoyen, qui apparaît comme le plus à même de formuler ses besoins et sa connaissance de l'environnement dans lequel il vit son quotidien. C'est de la capacité de l'administration à « *parfaire son information* »¹⁴⁵⁵ et de « *l'intensité des échanges avec les administrés* » que dépend la

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 43.

¹⁴⁵⁴ *Idem.*

¹⁴⁵⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 19.

pertinence des choix opérés par l'administration¹⁴⁵⁶. Cette dernière doit être en mesure de connaître son environnement ou d'en faire vérifier la connaissance qu'elle en a. Pour ce faire, si elle peut bien sûr compter sur l'expertise de ses agents, l'administration a tout intérêt également à avoir recours à l'expertise de la société civile. L'exigence d'ouverture de l'administration sur son environnement est d'autant plus importante que les secteurs d'intervention se complexifient toujours davantage. Comme l'évoque le Conseil d'État, au sujet de la « *consultation-expertise* », il est nécessaire de « *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 ...* »¹⁴⁵⁷. Il faut partager ce constat selon lequel « *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* »¹⁴⁵⁸. Ainsi, pour agir efficacement, la puissance publique est désormais invitée à concilier différentes exigences, parfois contradictoires, que ce soit la liberté, l'égalité, la solidarité, l'efficacité économique, l'emploi, la santé, l'environnement, les revendications catégorielles. Ces demandes sociales sont portées par des acteurs qui se sont diversifiés, spécialement depuis les années 1960-1970 avec la montée en puissance du phénomène associatif contrebalançant le poids des responsables publics et des acteurs économiques et sociaux. Le maître mot de l'action administrative devient alors la conciliation ou l'arbitrage entre différentes demandes ou comportements sociaux à l'aune d'un intérêt public. Autrement dit, la détermination de l'intérêt général apparaît alors comme le résultat d'un processus de décantation entre des intérêts publics et privés en présence qu'il faut concilier ou à défaut arbitrer. Dès lors, « *la décision passe (...) par un vaste processus de négociation, au cours duquel les divers intérêts particuliers sont admis à faire valoir et à défendre leur point de vue ; leur intervention n'est plus considérée comme une intrusion intolérable, mais comme un moyen de renforcer la qualité des choix* »¹⁴⁵⁹. Si elle est le symptôme d'une administration moins prestigieuse, la participation constitue la concrétisation de cette nouvelle fonction de conciliation et d'arbitrage confiée à l'administration¹⁴⁶⁰. Dans

¹⁴⁵⁶ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁵⁹ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁶⁰ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 47-48.

cette version moderne de l'idéologie de l'intérêt général, la participation de la société civile est promue comme un instrument en faveur de la qualité des décisions administratives et plus largement des politiques publiques. C'est ainsi que prend sens le vaste mouvement d'association des représentants d'intérêts dans les différents secteurs d'intervention de la puissance publique, qui s'est progressivement diffusé dans les secteurs de la vie économique, sociale et environnementale depuis les années 1960-1970 dans le cadre de l'administration consultative et de la cogestion. Il est aujourd'hui de bonne administration d'associer les parties prenantes, c'est-à-dire tous les acteurs impliqués par la définition et la mise en œuvre d'une politique publique ou par l'élaboration d'une décision administrative. Comme l'indique P. Idoux, « *l'aptitude des pouvoirs publics à déterminer spontanément le sens de l'intérêt général n'étant plus considérée comme une évidence, (...) les procédés classiques de légitimation des décisions publiques cessent d'être jugés suffisants, puisqu'ils ne permettent pas au public de concourir à la détermination de l'intérêt général* »¹⁴⁶¹. Seule la participation du public permet d'attester que l'intérêt général a été déterminé en prenant en considération l'ensemble des intérêts publics et privés en présence. Dès lors, « *les progrès de la participation passent (...) sans doute moins par un accroissement du pouvoir d'influence directe du public, que par la réalisation d'une démocratie dialogique* »¹⁴⁶². C'est par le dialogue entre toutes les parties prenantes que se définit l'intérêt général.

249. Cette conception moderne de l'intérêt général se rapproche de la conception « utilitariste » de l'intérêt général présente dans les États anglo-saxons, qui sont traditionnellement plus ouverts à la participation de la société civile. Dans cette philosophie, notamment consacrée dans les travaux de penseurs économiques libéraux, comme A. Smith au XVIII^e siècle¹⁴⁶³, la place de la sphère privée est prépondérante. Par principe, les pouvoirs publics doivent laisser agir l'initiative privée, qui poursuit par elle-même son « bien-être ». En principe, la « main invisible » permet de réaliser spontanément le bien commun. Dès lors, les pouvoirs publics ne sont invités à agir essentiellement que lorsqu'un conflit naît au sein de la société civile entre différents intérêts privés, qu'il faut trancher à l'aune d'un intérêt commun, par la recherche du consensus, du compromis ou en dernier recours par l'arbitrage. Dans le cadre de cette conception, l'intérêt général, le « *common good* », n'est pas conçu comme

¹⁴⁶¹ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁴⁶² *Idem.*

¹⁴⁶³ A. SMITH, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776

transcendant les intérêts particuliers, mais il se définit à partir de ces derniers. Plus précisément, « *l'intérêt général se déduit spontanément de la somme des intérêts particuliers, chaque individu recherchant son utilité propre à l'existence d'un but commun. L'intérêt général est alors un intérêt commun* »¹⁴⁶⁴. La participation de la société civile en ressort comme un mode normal d'instruction des décisions publiques, puisqu'elle est porteuse d'intérêts collectifs. Les pouvoirs publics ne sont en effet pas habilités à agir sur la base d'une simple volonté politique détachée de toutes considérations concrètes. Il n'y a dans cette conception anglo-saxonne pas de place pour l'*imperium* de la volonté. C'est parce qu'un conflit naît au sein de la société civile que la puissance publique peut intervenir. Logiquement, chaque intérêt doit être en mesure de faire entendre son point de vue dans un processus décisionnel ouvert. Et, chaque intérêt étant invité à se faire entendre, il revient à la puissance publique de prendre position pour résoudre ce conflit préalablement né au sein même de la société civile.

Cette conception a particulièrement cours aux États-Unis, où il est considéré comme tout à fait normal que les représentants des intérêts, les lobbies reconnus officiellement, puissent faire entendre leurs points de vue dans les processus décisionnels et plus particulièrement influencer les décideurs politiques. C'est au regard de cette conception qu'a été développée l'*Administrative Procedure Act* de 1946 qui oblige les administrations à entendre et à prendre en considération les observations émises par les tiers intéressés préalablement à toute réglementation¹⁴⁶⁵. Comme l'indique B. du Marais, « *d'un point de vue social, et contrairement au principe quasiment hiérarchique qui prévaut dans la société française, l'État anglo-saxon va se constituer en arbitre entre des intérêts particuliers, les Stake-holders, les parties prenantes ou groupes concernés par le projet de mesures publiques (...) Une part importante des réglementations publiques va consister à organiser l'expression et la consultation de ces intérêts concernés lors de la discussion des mesures spécifiques. Au-delà de cette consultation, il s'agit en réalité d'une participation à l'élaboration de la mesure, compte tenu de la posture aussi théoriquement neutre que possible de l'autorité publique. La gestion par celle-ci de cette sorte de procédure de codécision devra suivre un cheminement à la fois complexe et très règlementé afin de permettre un traitement équitable des différents intérêts* »¹⁴⁶⁶. En droit américain, l'organisation de cette participation des intérêts répond plus largement à l'impératif constitutionnel du « *due process of law* », selon lequel « *aucune personne ne peut être privée*

¹⁴⁶⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 674.

¹⁴⁶⁵ Voir *supra*, n° 183.

¹⁴⁶⁶ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 34.

de la vie, de la liberté ou de sa propriété, sans qu'un minimum de mesures de procédure soit observé »¹⁴⁶⁷. Dans cette conception, il n'y a pas de place prééminente pour des institutions démocratiques.

250. Ces conceptions théoriques de l'intérêt général ne constituent en réalité que des schémas types, même s'ils peuvent imprégner les discours et les pratiques tant au sein de l'administration qu'au sein de la société civile elle-même. Nonobstant leurs différences philosophiques, la pratique de ces modèles tend à se rapprocher par la place accordée à la participation citoyenne lors de la définition de la volonté générale ou de l'intérêt général dans des domaines d'action pour lesquels l'administration agit au profit ou au sein de la société civile. Mais, lorsqu'il s'agit de domaines d'action régaliens, essentiellement dans le cadre des missions de police, l'administration ne manifeste, ni en France, ni dans les États anglo-saxons, que rarement une ouverture sur la société civile, car elle n'en a en principe nullement besoin. Quand la conception française accentue l'idée d'une puissance publique, d'*imperium* de la volonté politique, les États anglo-saxons préfèrent mettre en avant une conception libérale et la protection des individus contre la puissance publique. Ce ne sont en réalité que les deux faces du rôle de l'État dans les démocraties occidentales modernes. Prenant acte de cette situation, le modèle administratif français s'est réformé progressivement, en adoptant formellement une conception moderne de l'intérêt général et en développant la participation citoyenne dans de multiples secteurs, au point d'y voir, sinon un principe, au moins une nouvelle exigence dans la gestion des services publics en faveur de la qualité et de l'adaptation des services publics.

B – La reconnaissance d'une nouvelle exigence en faveur de la qualité et de l'adaptation des services publics

251. Si la participation des usagers au fonctionnement des services publics n'est pas une loi du service public, comme les principes d'égalité, de neutralité, de continuité et de mutabilité, elle fait partie des nouvelles valeurs promues à partir de la fin des années 1980, aux côtés de la simplicité, l'accessibilité, la transparence, la qualité, l'efficacité, qui « *en raison de leur*

¹⁴⁶⁷ B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *op. cit.*, p. 251. Voir aussi P. MBONGO, « Procès équitable et Due Process of Law », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, juin 2014.

*imprécision et de leur inconsistance, (...) restent de simples règles de bonne gestion [et] n'ont pas vocation à devenir de véritables lois du service public »¹⁴⁶⁸. Ces nouvelles exigences visent à répondre à « l'état de crise permanent du service public, attesté autant par la doctrine que par un mécontentement général des usagers »¹⁴⁶⁹ et tiré d'un sentiment d'absence de prise en compte de leurs préoccupations. Répondre aux besoins essentiels exprimés ou latents des usagers constitue pourtant depuis toujours « la raison d'être du service public »¹⁴⁷⁰. Or, le schéma classique d'un intérêt général habilite l'administration à déterminer abstraitement, en leur nom, les besoins des usagers, les aspirations latentes de la collectivité, de la conscience collective, selon la terminologie employée par les tenants du positivisme sociologique. Cela apparaît comme une des sources de l'inadaptation des prestations proposées, puisque ne répondant pas nécessairement aux attentes concrètes de ces mêmes usagers. C'est la raison pour laquelle a été promue une nouvelle exigence de qualité des services publics. Pour reprendre les propos de V. Donier, l'exigence de qualité du service public peut se définir comme « une ligne de conduite qui tend à réunir l'intérêt général et les intérêts des usagers. Elle ne nous semble pas devoir être intégrée parmi les lois en devenir, il s'agit simplement d'un principe directeur qui oriente le service public vers la satisfaction des intérêts des usagers et non vers la seule satisfaction d'un intérêt général désincarné »¹⁴⁷¹. Ainsi définie, cette exigence de qualité répond parfaitement à la conception moderne d'un intérêt général reposant sur les intérêts particuliers, ici les besoins essentiels des usagers. Afin de tendre à un rapprochement entre l'offre du service et la demande de prestation, la participation des usagers en ressort comme l'élément central permettant tant d'améliorer la relation administration-usager que de répondre à la nouvelle exigence de qualité, qui constitue en la finalité. Les liens entre les notions de participation et de qualité sont ainsi évidents. Le contenu exact de la qualité, c'est-à-dire de ce qu'attendent au fond les usagers du service public, ne peut se définir qu'*in concreto* en donnant la parole aux usagers ou à leurs représentants. C'est ce dont témoigne justement l'évolution de l'idéologie de l'intérêt général. En étant associés à la gestion des services publics par la participation¹⁴⁷², les usagers s'assurent d'une meilleure écoute de leurs besoins concrets par l'institution en charge du service public, qui s'attachera à y répondre en modifiant son*

¹⁴⁶⁸ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1219.

¹⁴⁶⁹ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, p. 330.

¹⁴⁷⁰ J.-F. LACHAUME, « De l'influence de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République sur les services publics locaux », *op. cit.*, p. 426 et s.

¹⁴⁷¹ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*

¹⁴⁷² En cette matière, la participation peut tout à fait être remplacée par la technique du sondage, permettant d'obtenir des résultats plus quantitatifs et plus représentatifs.

organisation et/ou son fonctionnement. Comme l'indique Ch. Testard, « *la prise en compte des attentes des administrés serait ainsi le nouveau fondement de la légitimité du pouvoir de décision unilatérale de l'administration. Ces attentes se mesurent précisément en cherchant la proximité, le contact avec les administrés* »¹⁴⁷³.

Pour répondre aux attentes exprimées par les usagers, telle qu'elles ressortent d'un processus d'écoute, le service public doit donc évoluer, s'adapter à l'évolution des besoins. S'opère alors un autre lien entre, d'une part, le couple qualité-participation et, d'autre part, le principe juridique de mutabilité ou d'adaptation des services publics. Cette loi du service public signifie que, alors même que les services publics doivent fonctionner de façon continue ou régulière, l'administration est autorisée à faire évoluer les règles d'organisation et de fonctionnement du service pour tenir compte de l'évolution de l'intérêt général. La réponse aux besoins des usagers apparaît comme le motif d'intérêt général le plus pertinent pour justifier l'adaptation du service public. I. Thomas promeut ainsi « *la thèse transformant la mutabilité en devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers* » et selon laquelle « *l'adaptation passe désormais par la participation de l'utilisateur citoyen* »¹⁴⁷⁴. Cependant, cette vision constitue un idéal type qui, à l'épreuve du droit et des faits, ne peut pas être confirmée pour plusieurs raisons. On l'a déjà vu, contrairement à la mutabilité, la participation des usagers ne constitue pas un principe, une loi de Rolland, applicable à tous les services publics. Cette exigence ne trouve à s'appliquer que dans le cadre des textes qui l'organisent expressément. Les modifications d'organisation et de fonctionnement d'un service public peuvent tout à fait résulter d'un choix autonome de l'administration sans mise en place d'un dispositif d'association des usagers ou de leurs représentants à la décision. En outre, l'application du principe de mutabilité ou d'adaptation n'implique pas toujours une évolution dans un sens favorable aux besoins des usagers, dans un contexte de difficultés budgétaires et de promotion de l'efficacité et de la performance des services publics, visant à obtenir un meilleur rendement. La performance peut tout aussi bien améliorer que réduire la prestation de service rendu aux usagers selon le point de vue dans lequel on se place. Par exemple, le développement des moyens de télécommunication permis par l'outil Internet constitue tout aussi bien un progrès pour le plus grand nombre, qu'une régression pour les populations les plus âgées non habituées à cet outil technologique. Autre exemple, au nom de l'intérêt général, il est tout à fait possible

¹⁴⁷³ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 434.

¹⁴⁷⁴ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », op. cit., p. 330.

de réduire voire supprimer un service public¹⁴⁷⁵ en raison d'une fréquentation insuffisante¹⁴⁷⁶. Cela répond certes à l'évolution des besoins des usagers pris dans leur ensemble, mais cela ne va pas dans le sens des usagers individuellement affectés dans leur quotidien. La mutation du service public peut d'ailleurs ne pas être destinée à transcrire l'évolution des besoins des usagers mais simplement à répondre aux évolutions technologiques, économiques ou encore juridiques.

252. Malgré ces limites, plusieurs sources juridiques ont formalisé cette promotion de la participation comme nouveau principe d'action en faveur de la qualité et de l'adaptation des services publics, lors des successives réformes de l'action publique. Bien qu'elle connaisse des concrétisations depuis longtemps, la participation des usagers dans les services publics a été d'abord promue au sein de la circulaire « Rocard » du 23 février 1989, relative à la politique du renouveau du service public¹⁴⁷⁷, qui visait à une « *politique d'accueil et de service pour les usagers* » dans sa quatrième partie. Elle préconisait notamment « *d'associer les usagers à l'amélioration des services publics* » et indiquait que « *Les relations entre les administrations et les usagers ne seront vraiment améliorées que s'il est possible de ménager des occasions de réflexion en commun auxquelles seront associées les organisations syndicales. Il faut sortir du dilemme entre l'utilisateur passif et l'utilisateur critique. L'utilisateur doit devenir un partenaire qui fait des suggestions et des propositions et qui prend aussi en compte les conditions de travail concrètes des personnels. C'est dans cet esprit qu'il faut créer de façon pragmatique à chaque fois que cela est possible des associations d'utilisateurs. Leur travail pourrait contribuer à ce que l'appréciation des utilisateurs devienne un des critères essentiels d'évaluation du fonctionnement des services publics* ». Ce lien entre les exigences de participation et d'amélioration des services publics a ensuite été repris par la « Charte des services publics » du 18 mars 1992¹⁴⁷⁸, qui précisait les différents principes attachés aux services publics. Ceux-ci sont divisés en deux catégories, les principes fondamentaux d'égalité, de neutralité et de continuité, et les principes d'action où sont associées la participation et l'amélioration du service public. Ainsi, les « *agents des services publics comme les usagers doivent désormais trouver les voies d'une coopération plus active pour l'amélioration des services publics (...)* L'administration tournée vers l'utilisateur,

¹⁴⁷⁵ CE, sect., 27 janvier 1961, Vannier, *Rec.*, p. 60, concl. KAHN ; *AJDA*, 1961, p.74, chr. GALABERT et GENTOT.

¹⁴⁷⁶ CE, sect., 18 mars 1977, Chambre de commerce de La Rochelle, *Rec.*, p. 153, concl. MASSOT : à propos d'une desserte TGV.

¹⁴⁷⁷ Circulaire du 23 février 1989, relative à la politique du renouveau du service public, *JO*, 24 février 1989, p. 2526.

¹⁴⁷⁸ Charte des services publics, *DGAFP*, mars 1992.

l'administration d'accueil, doit avoir une capacité de comprendre les attentes et les besoins des usagers. Ce besoin d'adaptation est fondamental. Seule une meilleure écoute et des réponses adaptées à chaque situation, permettent de rendre les services publics plus proches de l'utilisateur et donc plus efficaces ». Ce lien entre la participation et la qualité des services publics a toujours été mis en avant lors des diverses réformes de l'action publique. Ainsi en est-il allé de la circulaire du 26 juillet 1995, relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics¹⁴⁷⁹. Elle proposait l'élaboration d'une « *charte des citoyens et des services publics* » qui devait donner « *corps à des principes nouveaux - la qualité, l'accessibilité, la simplicité, la rapidité, la transparence, la médiation, la participation, la responsabilité - qui viendront compléter les principes traditionnels et essentiels du service public - neutralité, égalité, continuité - qui seront confortés* ». Selon la Revue générale des politiques publiques (RGPP), amorcée en 2007, « *la préparation de cette réorganisation doit être l'occasion d'une intense concertation avec l'ensemble des partenaires locaux, gage, à la fois, de la qualité des analyses, de la pertinence des propositions, de la compréhension des enjeux et de l'acceptation des choix par les citoyens, les élus et les agents* »¹⁴⁸⁰. Succédant à la RGPP, la Modernisation de l'action publique et sa circulaire du 7 janvier 2013¹⁴⁸¹ précisent à leur tour que « *les travaux d'évaluation s'appuient sur les contributions des citoyens et des destinataires d'une politique, ces derniers peuvent être des individus ou des personnes morales, privées (association, entreprise) ou publiques (collectivité territoriale par exemple). Même lorsque la politique s'adresse aux individus (en tant que destinataires de prestations, de services collectifs, d'obligations, etc.), ceux-ci sont généralement représentés par des mouvements associatifs dont certains sont structurés à l'échelle nationale. Leurs contributions ont une légitimité propre : celle que confère l'expérience des intéressés sur la mise en œuvre et les effets d'une politique, ainsi que l'expression de leurs priorités quant aux évolutions possibles. C'est indispensable à la fois pour l'analyse de la politique sous l'angle de la pertinence et de l'efficacité et pour le travail de hiérarchisation des objectifs* ». Dernière en date, la circulaire du 26 septembre 2017 relative au programme « Action publique 2022 »¹⁴⁸² énonce la poursuite de trois objectifs prioritaires dont celui d'« *améliorer la qualité des services*

¹⁴⁷⁹ Circulaire du 26 juillet 1995, relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, *JO*, 28 juillet, p. 11217.

¹⁴⁸⁰ Circulaire du 7 juillet 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État, *JO*, n° 0159, 9 juillet 2008, p. 11009.

¹⁴⁸¹ Circulaire n° 5629/SG du 7 janvier 2013 relative à la Modernisation de l'action publique (MAP) et aux suites du comité interministériel du 18 décembre 2012 sur l'Évaluations de politiques publiques et les Programmes ministériels de modernisation et de simplification (PMMS), NOR : PRMX1300812C.

¹⁴⁸² Circulaire n° 5968/SG du 26 septembre 2017 relative au programme « Action publique 2022 », NOR : PRMX1727128C.

publics, en développant la relation de confiance entre les usagers et les administrations, et en travaillant prioritairement sur la transformation numérique ».

Si ces différentes sources de la réforme de l'action publique préconisent la participation des usagers, elles ne promeuvent pas nécessairement une participation régulière à la gestion des services publics. Le modèle proposé est plutôt celui de la participation au stade de l'évaluation des politiques publiques et de la définition de leur réforme. À ce titre, il faut remarquer comme le fait I. Thomas, à propos de la circulaire Rocard du 23 février 1989 relative à la politique du renouveau du service public, que la participation « *constitue en priorité un instrument d'évaluation* »¹⁴⁸³ du service public. La participation incite l'usager à se transformer en un « *véritable acteur, investi d'un droit de regard sur la marche des services* »¹⁴⁸⁴, et permet ainsi de garantir que les services publics remplissent correctement leur finalité. Cela permet de répondre à l'attente notamment formulée par D. Maillard Desgrées du Loû, pour qui « *la participation devrait conduire les usagers à faire entendre leur voix pour peser sur les décisions, exercer leur contrôle sur la marche du service et l'usage des fonds publics, se prononcer sur les évolutions nécessaires* »¹⁴⁸⁵. Cette participation-contrôle se double ainsi d'une participation-proposition. En contrôlant la bonne marche des services publics, l'usager est invité à formuler des propositions en vue de la réforme du service public, et plus techniquement en vue de la qualité de la décision qui concrétisera ce mouvement de réforme. Cela nous invite à nous pencher désormais sur la façon dont la participation du citoyen peut techniquement garantir la qualité de la décision administrative, c'est-à-dire son adaptation à l'environnement.

§ 2 – La participation du citoyen, une garantie technique de l'adaptation de la décision administrative à son environnement

253. De façon générale, la participation du citoyen offre à l'administration un outil au service de l'instruction des décisions administratives à deux stades du processus décisionnel. En

¹⁴⁸³ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, p. 330.

¹⁴⁸⁴ J. CHEVALLIER, Regards sur une évolution, *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 8.

¹⁴⁸⁵ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 48.

premier lieu, elle permet à l'administration de confronter ses connaissances avec celles des tiers concernés par l'adoption de la décision ou ayant une connaissance dans ce domaine. L'apport de la participation se situe ici au stade de l'identification des motifs de la décision, c'est-à-dire des raisons de fait et de droit justifiant cette dernière. Généralement, la participation citoyenne vise davantage à la recherche de données factuelles, même si rien n'interdit au participant de se positionner sur des éléments strictement juridiques. En second lieu, la participation donne au citoyen la possibilité de se prononcer sur le fond du projet de décision. Elle permet ainsi à l'administration de confronter ses prises de position, ses choix, avec la réalité telle qu'elle est vécue ou connue par les différents citoyens participants, invités de ce fait à jauger de la qualité de la décision projetée et, éventuellement, à formuler des contre-propositions. L'apport se situe ici au stade de l'adéquation de la décision aux faits. En tant qu'instrument de légalité externe, qu'elle concerne la compétence ou la procédure, la finalité de la participation citoyenne ambitionne bien d'influer sur le fond, sur la légalité interne des décisions administratives. Ce faisant, la participation apparaît ici comme un instrument au service de l'évaluation préalable des incidences des décisions administratives, sans avoir la même dimension que les évaluations environnementales et autres études d'impact, dont le contenu doit juridiquement être exhaustif¹⁴⁸⁶ et qui obligent l'administration à recenser toutes les incidences à prendre en compte. La participation reste un cadre souple permettant à la société civile de faire remonter l'information qu'elle détient et d'apprécier la pertinence des choix proposés par l'administration. Comme l'évoque Ch. Testard, la participation s'assimile à l'exigence d'anticipation, qui « peut (...) s'imposer par le biais des droits reconnus aux administrés dans le cadre des exigences de démocratie administrative. La participation du public à l'élaboration de certaines décisions administratives est un outil permettant sans doute déjà, avant même que le texte soit adopté, de prendre la mesure de sa bonne exécution. Le développement de la démocratie administrative repose alors sur une certaine volonté d'anticipation, l'équation consistant à dire qu'une décision discutée sera mieux acceptée et donc exécutée »¹⁴⁸⁷. Sans contraindre le décideur, la participation citoyenne un outil technique en faveur d'une bonne instruction des décisions, car elle permet à l'administration de « compléter son information ou d'établir sa conviction afin de statuer en parfaite connaissance de cause »¹⁴⁸⁸. Ces données recensées peuvent être de deux ordres. Une bonne instruction de la décision administrative nécessite d'abord de prendre en compte les données objectives ou collectives connues par la

¹⁴⁸⁶ Voir *infra*. Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴⁸⁷ Ch. TESTARD, « L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ? », *RFDA*, 2017, p. 303.

¹⁴⁸⁸ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 453.

société civile (A), en faisant appel à son l'expertise du citoyen et à sa connaissance des attentes sociales. De façon plus accessoire, l'administration agit dans un environnement composé d'invidus ayant des intérêts à défendre, ce qui l'invite également à prendre en compte les situations personnelles (B).

A – La prise en compte des données objectives et collectives

254. L'environnement dans lequel l'administration agit est devenu complexe au regard de la technicité des secteurs concernés mais aussi de la diversité des intérêts qui peuvent être lésés. Dès lors, afin de définir efficacement l'intérêt général, l'administration a besoin de s'assurer, au stade de l'instruction ou de l'évaluation de ses décisions ou politiques publiques, d'une bonne connaissance des données objectives de l'environnement dans lequel elle agit, à savoir les aspects économiques, juridiques, scientifiques ou encore sociaux des problèmes soulevés par une décision en projet, mais aussi des données collectives, c'est-à-dire les attentes et les intérêts partagés par le corps social concerné par un projet de décision. Il s'agit ni plus ni moins de déterminer et de « *confronter les intérêts publics et privés en présence* »¹⁴⁸⁹ pour définir l'intérêt général. Or, ces éléments d'information, l'administration ne les a pas nécessairement en sa possession. Pour faire remonter à elle l'ensemble de ces éléments d'information manquants, l'administration peut en effet avoir besoin d'impliquer la société civile. C'est ici l'image d'une administration omni-compétente qui est balayée, comme l'évoque J. Chevallier, pour qui « *l'administration est nécessairement sous-informée et/ou mal informée* »¹⁴⁹⁰, dans un monde contemporain où, « *devenue l'agent du développement économique et la garante du progrès social, elle étend ses ramifications à l'ensemble de la société et intervient dans tous les secteurs de la vie sociale* »¹⁴⁹¹. Si, « *réduite à ses missions classiques, l'administration trouve l'expertise dans ses propres services, ses propres agents* », l'extension de ses domaines d'intervention l'« *éloigne de son cœur d'expertise* »¹⁴⁹². C'est la raison pour laquelle le manque d'information conduit l'administration à rechercher la participation de tiers à l'élaboration de ses projets. Dans ce cadre, « *l'administration est conduite à faire appel à des interlocuteurs*

¹⁴⁸⁹ J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁹⁰ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴⁹² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 432.

capables, par la position qu'ils occupent, de lui apporter des éléments d'information nécessaires et d'éclairer le sens de ses décisions »¹⁴⁹³ et partant à faire appel au savoir détenu par la société civile. Cette remontée d'informations permise par la participation peut revêtir deux aspects complémentaires. Elle prend la forme d'une « participation-expertise », lorsque les citoyens sont invités à intervenir en qualité de spécialistes, de techniciens dans un domaine d'action présentant un caractère de complexité. Parallèlement, elle prend la forme d'une « participation-enquête », lorsque les citoyens « sont appelés à intervenir non pas à titre d'experts, mais d'intéressés (...) pour fournir des précisions, des explications, des observations (...) dans un but d'harmonisation d'opinions divergentes et de conciliation d'intérêt opposés »¹⁴⁹⁴. Ces deux aspects peuvent se distinguer ou se rejoindre selon les circonstances, c'est-à-dire en fonction des profils de citoyens invités à participer (1) et des catégories d'instruments participatifs mis en place (2).

1) *Un apport variant selon le profil des citoyens participants*

255. Au regard de la complexité croissante du monde contemporain, c'est par le recueil d'une pluralité d'expertises et par la confrontation de celles-ci que l'administration pourra bien décider, en tenant compte de la technicité des affaires et de la divergence ou de la contradiction entre toutes les attentes exprimées et intérêts revendiqués. Pour procéder aux conciliations ou arbitrages nécessaires entre des intérêts publics et privés divergents, l'administration semble aujourd'hui avoir par principe besoin de l'expertise contradictoire de la société civile. En vue de faire remonter à elle les données d'information objectives et collectives qui lui manquent, l'administration doit alors se tourner vers une pluralité de profils de compétences issus de la société civile et dont la participation a vocation à être complémentaire.

¹⁴⁹³ J. CHEVALLIER, « Consultations ouvertes et participation du public », in AFDA, *Les procédures administratives*, Dalloz, 2015, p. 191.

¹⁴⁹⁴ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 459-460. Dans sa thèse, G. Isaac proposait la distinction entre la « consultation expertise » la « consultation enquête », que nous ne faisons ici que transposer au regard du concept de participation.

256. En premier lieu, l'administration peut solliciter les services de personnalités qualifiées, c'est-à-dire désignées « *en raison de leur compétence* »¹⁴⁹⁵ et dont le rôle se limite à une fonction d'expertise sur des données objectives, en l'absence de toute recherche d'une représentativité de la société civile. Il s'agit d'individualités identifiées *intuitu personae*, soit au sein d'une administration, soit au sein de la société civile, en raison de leurs compétences professionnelles ou personnelles et dont le profil induit une connaissance des enjeux et l'environnement juridique, économique, scientifique ou social dans lequel l'administration agit. Cette qualité à participer justifie la tendance administrative à systématiser autant que possible leur présence au sein des organes collégiaux.

257. En deuxième lieu, les groupes d'intérêts sont reconnus comme une catégorie d'acteurs apte à octroyer des éléments d'expertise sur l'environnement dans lequel l'administration agit tant au sujet de données objectives que collectives. Pour J. Chevallier, en ayant recours aux groupes d'intérêts, l'appareil d'État, mais c'est aussi valable pour toute administration, « *recherche des correspondants que leur position privilégiée rend capables (...) de traduire les exigences du milieu social (...). L'appareil d'État a en effet besoin d'être informé des demandes sociales et des intérêts qu'il convient de prendre en considération dans la définition de l'intérêt général : les relais sociaux sont chargés d'articuler ces demandes, qui existent souvent à l'état virtuel ou latent, et de réaliser un filtrage réduisant l'éventail des points de vue* »¹⁴⁹⁶. Encore faut-il que ces groupes d'intérêts acceptent de jouer le jeu de la participation constructive, en ne cherchant pas à troubler la gestion normale des services et en s'opposant systématiquement au projet¹⁴⁹⁷.

Il en va d'abord ainsi, et spécialement depuis la Libération, des représentants des professions, des employeurs, des salariés et des travailleurs indépendants qu'il s'agisse du domaine de l'économie, de l'emploi, du travail ou des domaines d'activités sectoriels. Leur caractère représentatif est apprécié au regard des résultats électoraux au sein de leur catégorie sociale respective, ce qui les habilite à parler au nom de leurs membres et plus largement de la catégorie sociale dont ils émanent. Les syndicats professionnels, les syndicats d'employeurs,

¹⁴⁹⁵ Décrets n° 53-416 à 420 du 11 mai 1953 relatifs à la composition des conseils d'administration d'entreprises nationalisées, *JO*, 12 mai 1953, p. 4332 et s.

¹⁴⁹⁶ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA*, n° 4, 1975, p. 344.

¹⁴⁹⁷ G. DAUPHIN, *L'Administration Consultative Centrale*, Thèse, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1932, p. 60 ; J. F. LACHAUME, « Participation et services publics locaux », *op. cit.*, p. 241.

de travailleurs indépendants et de salariés sont ainsi jugés comme représentatifs des attentes et des intérêts catégoriels de leurs professions ou de leur corps social. Si leur capacité de nuisance est souvent redoutée, il n'est aujourd'hui pas possible d'envisager une réforme en matière économique et sociale sans la participation de l'ensemble de ces parties prenantes, tout aussi bien parce qu'ils défendent des intérêts contradictoires qu'il faut concilier ou arbitrer, que parce que leur connaissance des enjeux est recherchée. Leur participation est en effet particulièrement utile dans le processus décisionnel compte tenu d'une caractéristique qui leur est propre. Quand bien même leur capacité de nuisance en ressort grandie, ils représentent généralement « *ceux qui ont la charge de l'application des lois et sont donc les mieux à même d'en connaître les effets* »¹⁴⁹⁸. Pour garantir une action efficace, l'administration a besoin de mieux connaître les données objectives propres à chaque secteur de la vie économique et sociale. Or, ces compétences techniques¹⁴⁹⁹ sont connues des représentants des professions, des employeurs, des travailleurs indépendants et des salariés. Et, puisqu'ils cumulent une fonction de représentation des intérêts du corps social dont ils émanent et une fonction d'expertise, il serait aujourd'hui inconcevable de prévoir une réforme dans le domaine économique et social sans les associer.

Cette double fonction caractérise également les différentes structures associatives apparues depuis les années 1960-1970 dans des domaines fort variés comme la protection des consommateurs, le logement, l'écologie, la santé, la protection des droits individuels, l'intégration des étrangers, etc... Porteurs de droits nouveaux, ces groupes d'intérêts font souvent pression pour la satisfaction de leurs revendications, ce qui peut expliquer une certaine défiance des pouvoirs publics vis-à-vis de ces acteurs dont la légitimité ne repose pas sur le processus électoral. Quand bien même, les structures associatives restent tout à fait aptes à formuler matériellement les attentes et les intérêts des citoyens concernés au regard des multiples actions qu'elles mettent en place à leur profit. Les associations organisées à l'échelle nationale apparaissent comme de formidables ressources pour l'administration en matière de connaissance des enjeux propres aux secteurs dans lesquels elles agissent. Elles expriment un « *intérêt certes propre à leur structure mais qui est tout de même susceptible de s'en extraire davantage* »¹⁵⁰⁰ pour participer à la détermination de l'intérêt général. C'est ce qu'admet le Conseil d'État, lorsqu'il affirme qu'« *il y a là une forme d'expertise sociale utile et globalement*

¹⁴⁹⁸ L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'État*, PUF, Quadrige, 1992, p. 146.

¹⁴⁹⁹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁰⁰ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 709.

appréciée même si, par nature, le mouvement associatif peut parfois irriter et gêner les pouvoirs en place, quels qu'ils soient, publics ou privés »¹⁵⁰¹. De nombreux exemples témoignent du rôle central de ces grandes associations dans la vie publique et démontrent que leur engagement militant ne nuit pas à leur objectivité¹⁵⁰².

Les associations de protection des consommateurs assurent un rôle important pour la défense de la partie faible au contrat de consommation qu'est le non-professionnel face au professionnel, que ce soit par la production d'informations juridiques à destination des profanes, d'informations critiques sur les biens et services proposés sur la base de données objectives par recours aux tests et essais comparatifs, en dénonçant les abus ou les mauvaises pratiques ou en appelant au boycott de produits ou services. Associées à la prise de décision, les associations de protection des consommateurs se font les porte-voix de la parole des consommateurs auprès des professionnels et de l'administration.

De leur côté, les grandes associations de protection de l'environnement sont reconnues pour leurs compétences en matière d'expertise scientifique environnementale au regard de leur connaissances précises des phénomènes biologiques, chimiques, géologiques ou encore climatiques. Certes, elles peuvent intervenir comme une source de contre-expertise en contestant les appréciations effectuées par l'administration ou les porteurs de projets, et en formulant des contre-propositions. Les grandes associations de protection de l'environnement interviennent alors généralement pour prévenir ou dénoncer les risques de préjudices écologiques et se placent en garants des « *intérêts de la nature* » qui « *n'ayant pas la personnalité juridique ne peut agir de façon préventive pour la défense de ses propres intérêts* »¹⁵⁰³. Mais elles ne sont pas toujours vues comme des contre-pouvoirs. Elles sont aussi et souvent volontairement consultées en qualité d'experts lors de l'élaboration des projets, plans ou programmes, notamment dans le cadre de la réalisation des évaluations environnementales qui leur sont même parfois directement confiées¹⁵⁰⁴. Elles peuvent également se voir confier la gestion et la conservation du patrimoine naturel ; ainsi en va-t-il des réserves naturelles.

¹⁵⁰¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁰² D. TRUCHET, « Les instruments juridiques de la démocratie sanitaire », in C. CASTAING (dir.), *Démocratie sanitaire : mythe ou réalité ?* Actes de la journée d'étude organisée le 16 avril 2013 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'université de Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2014, p. 22 : « *Que les associations représentent non pas les citoyens dans leur ensemble mais leurs membres, ne les rend pas illégitimes : elles expriment les intérêts qu'elles défendent et qui, sans elles, ne seraient pas pris en considération de la même manière par les décideurs publics et privés* ».

¹⁵⁰³ M. BACACHE, « Le principe de participation : entre droit public et droit privé », *RTD civ.*, 2013, p. 197.

¹⁵⁰⁴ A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *op. cit.*, p. 263. Voir aussi E. NAIM-GESBERT, *L'expertise scientifique du droit de l'environnement*, Bruylant, 1998, p. 590.

En matière sanitaire, enfin, il faut souligner le rôle majeure des associations de patients dans certains secteurs comme la lutte contre le cancer, le sida, les maladies rares, la prise en charge du diabète, etc... Grâce aux financements publics et aux dons (Téléthon, Sidaction...), les grandes associations financent la recherche médicale et sont à même d'organiser des colloques, des expertises, des campagnes de communication d'envergure nationale. Réunis au sein de ces associations, leurs membres patients offrent quant à eux une véritable expertise profitable à l'ensemble des patients, aux équipes médicales et aux administrations. Ainsi, comme l'expose A. Biosse Duplan, les patients acquièrent progressivement, grâce à la formation, trois niveaux d'expertise. Le premier niveau consiste dans « *l'expertise de sa propre maladie, facteur de sa propre prise en charge et d'autonomie individuelle. Par son expertise essentiellement expérimentielle de la maladie, le patient se met en position d'échanger avec les soignants et d'influer sur les choix qui en découlent : principe et modalités de traitements, adaptation aux ressentis, contraintes et effets indésirables* ». Il revient ici au patient d'exprimer sa connaissance empirique des phénomènes médicaux. Le deuxième niveau offre « *la capacité à être porteur d'enjeux collectifs liés à sa propre maladie : animation du dialogue avec les soignants dans des réunions collectives d'éducation thérapeutique, médiation individuelle correspondent fréquemment aux types de fonctions de ce niveau* ». Enfin, le troisième niveau d'expertise garantit « *la capacité à être porteur d'enjeux collectifs dans le système de santé, parfois complètement détachés de ceux qui ont conduit à l'engagement initial* »¹⁵⁰⁵. Au sein des établissements de santé, les associations de patients permettent de représenter les intérêts d'usagers en objectivant leurs attentes exprimées, dans un domaine médical où certains patients peuvent avoir tendance à revendiquer subjectivement des attentes de clients, souvent incompatibles avec le fonctionnement des établissements et des équipes soignantes. Le patient, souhaitant une prise en charge rapide de sa situation ou un respect de ses convictions, serait en quelque sorte devenu impatient ou intolérant. L'administration trouve alors dans les associations de patients des interlocuteurs constructifs et compréhensifs des contraintes de fonctionnement des établissements, non pas parce que leurs membres seraient en eux-mêmes dotés de qualités personnelles de respectabilité, mais parce que leur contact régulier avec l'institution incite à une compréhension mutuelle, sans que cette situation remette en cause les attentes des usagers formulées et objectivées au travers de leurs représentants associatifs. Ce que l'on attend de ces associations, c'est alors de mettre en avant la parole des personnes malades et d'exprimer leur vécu, leur difficulté.

¹⁵⁰⁵ A. BIOSSE DUPLAN, *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, op. cit., p. 76 -77.

On le voit, outre leur fonction de contre-pouvoirs, les groupes d'intérêts ont aussi et surtout une fonction d'expertise et d'aide à la décision grâce aux connaissances qu'ils ont de leur champ d'activité. Cette compétence justifie une reconnaissance officielle par les pouvoirs publics, que ce soit par la mise en œuvre à leur profit d'instruments de participation à la prise de décision, à la gestion de services publics ou par la reconnaissance de l'agrément leur permettant de se constituer partie civile lors d'un procès pénal et de bénéficier d'une présomption d'intérêt à agir en justice pour la défense de leur objet social. Appréciés dans leur ensemble, ces groupes d'intérêts issus de syndicats ou d'associations sont en quelque sorte pour l'administration un intermédiaire souhaitable entre la personnalité qualifiée, compétente pour délivrer des données objectives mais non représentative de la société civile, et le représentant des usagers, dont la participation n'a pour fonction que la seule satisfaction pour l'administration d'un besoin en matière de données collectives.

258. La représentation des usagers d'un service public en dehors du cadre associatif peut constituer ici une troisième catégorie d'acteurs permettant à l'administration de faire remonter de l'information issue de l'environnement dans lequel elle agit. Toutefois, le rôle des représentants des usagers ne vise pas à donner à l'administration une expertise relative à des données objectives, même s'il n'est pas exclu qu'une individualité dispose de connaissances techniques utiles. De manière générale, la représentation des usagers a vocation à remplir la seule fonction de formulation des besoins et des attentes de la collectivité des usagers. Si elle peut être ponctuellement directe¹⁵⁰⁶, la participation des usagers s'opère le plus souvent indirectement par le biais de représentants désignés par le mécanisme électoral¹⁵⁰⁷. L'élection leur confère certes une légitimité démocratique, mais elle n'assure en rien une compétence technique, en dehors de la capacité à exprimer des besoins et des attentes d'une collectivité d'usagers présents de façon permanente ou prolongée dans le temps. C'est de cette façon qu'il faut comprendre la représentation des parents d'élèves, des élèves et des étudiants. Il en va de même dans les établissements sociaux et médico-sociaux, dans lesquels l'association des usagers au sein du Conseil de la vie sociale a répondu au souhait de voir améliorer leur fonctionnement quotidien et la prestation rendue, notamment dans les maisons de retraite dans

¹⁵⁰⁶ Ainsi en va-t-il dans le domaine sanitaire et social, avec les enquêtes de satisfaction. Article D. 311-21 du code de l'action sociale et des familles.

¹⁵⁰⁷ Voir *supra*, n° 109.

un contexte de lutte contre la maltraitance et d'humanisation de la prise en charge¹⁵⁰⁸. Comme l'indique M. Badel, « ces modes de participation démontrent que ce n'est plus l'attente de tel ou tel usager ou personne accueillie, pris individuellement, qui est considérée. Ce qui importe est ici l'appréciation de la communauté, des usagers pris dans leur ensemble. Cette approche constitue un progrès immense car elle signifie que l'ensemble des personnes accueillies n'est plus réduit à la somme des personnes accueillies mais qu'il est constitutif d'une collectivité capable d'exprimer des attentes, un accord ou un désaccord sur le fonctionnement de l'établissement. C'est un pari qui peut sembler très ambitieux, peut-être même irréaliste dans la mesure où l'émergence d'une conscience collective suppose l'existence de consciences individuelles, ce qui ne sera pas toujours le cas. Mais, lorsque les conditions favorables à l'expression d'une volonté collective seront réunies, les moyens de participation donnés aux usagers pourront s'avérer des outils efficaces, leur permettre de faire valoir des positions communes et de contribuer à l'organisation de la vie collective »¹⁵⁰⁹. Dans la réalité, la pratique de la participation des usagers ou de leurs représentants peut tout à fait se cantonner à de simples échanges sur les problèmes du quotidien rencontrés par les usagers. Mais elle peut aussi et surtout progressivement porter sur l'organisation institutionnelle du service, notamment en apportant des contributions à la rédaction de documents stratégiques comme, en matière sociale et médico-sociale, le règlement intérieur de l'institution, le livret d'accueil ou encore le contrat de séjour¹⁵¹⁰. Ainsi, le Conseil de la vie sociale « symbolise les relations établies entre les différents acteurs. À la fois lieu d'information et de débats, il peut permettre aux usagers ou à leurs parents d'interpeller des pratiques, de questionner des projets, d'apporter leurs expériences à partir de la place qu'ils occupent pour faire avancer l'institution »¹⁵¹¹.

259. Cet examen des différents visages qui fondent le citoyen-expert pourrait conduire à dénier cette qualité au particulier, lorsqu'il n'a pas la qualité d'usager. Non doté *a priori* de compétences techniques particulières ou d'une qualité spécifique à représenter des intérêts collectifs, la participation du particulier ne peut pas concrètement répondre à un objectif d'amélioration par une meilleure prise en compte des données objectives ou collectives lors de

¹⁵⁰⁸ C. MAHOUT, « Des conseils d'établissements aux conseils de la vie sociale », *Gérontologie et société*, n° 106, 2003, p. 235.

¹⁵⁰⁹ M. BADEL, « La participation de l'usager », *op. cit.*, p. 804.

¹⁵¹⁰ C. MAHOUT, « Des conseils d'établissements aux conseils de la vie sociale », *op. cit.*, p. 235.

¹⁵¹¹ R. JANVIER et Y. MATHO, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'actions sociales*, *op. cit.*, p. 153-154.

l'élaboration de la décision dans l'administration sectorielle. La participation expertise « s'adresse naturellement à ceux qui possèdent une représentativité et sont institutionnalisés »¹⁵¹². « Cette situation s'explique en partie par les avantages de fait dont bénéficient les associations : en tant que structures, elles peuvent arguer d'une certaine expertise, en fonction de leur objet, et sont susceptibles d'apporter des contributions rapides et structurées dans le débat public, là où un particulier est peut-être davantage isolé et dispose de moyens de réaction plus limités. Elles aspirent par ailleurs à représenter un certain intérêt collectif, lequel s'abstrait a priori des intérêts propres à chacun des sociétaires »¹⁵¹³. Rien ne permet de voir chez tout citoyen une capacité à représenter des intérêts collectifs en dehors du cadre syndical, associatif ou électoral. Tout au plus peut-il mettre en avant ses intérêts individuels lorsqu'une décision les affectera. C'est alors la vision d'un citoyen traditionnellement incompétent pour déterminer la volonté générale qui réapparaît. Si le citoyen est apte à choisir ses représentants, seuls ces derniers sont capables de procéder à la détermination du Bien commun¹⁵¹⁴. Cette conception traditionnelle de la représentation se prolonge au stade de la participation à la décision administrative. Si l'ouverture du processus décisionnel au public peut apparaître comme un instrument démocratique ou comme une garantie de défense, la participation du citoyen *lambda*, sans qualité particulière, n'apparaît pas comme une véritable aide à la décision pour l'administration.

Or, si cette remarque se justifie pour la gestion d'une politique publique ou d'un service public sectoriels, elle est moins vraie en matière d'administration générale des collectivités territoriales, et plus spécialement dans les communes. En dehors du cadre associatif sportif ou culturel, et du cadre partisan local, les communes ne disposent le plus souvent pas en face d'elles d'interlocuteurs privilégiés permettant de représenter les intérêts et les attentes des habitants. Les administrations locales ne bénéficient généralement pas d'une forme de représentation matérielle des aspirations exprimées ou latentes des habitants par le biais de syndicats ou d'associations non partisans. C'est alors que prennent sens les dispositifs d'association des habitants à la vie locale, que ce soit au sein d'un comité consultatif ou d'un conseil de quartier ou par recours à des instruments non juridiquement organisés comme les rencontres de quartier ou les budgets participatifs. Au sein de ces processus participatifs, les

¹⁵¹² B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *op. cit.*, p. 779.

¹⁵¹³ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 543.

¹⁵¹⁴ SIÈYES, *Dire sur la question du veto royal*, Paris, 7 sept. 1789, p. 1 : « c'est pour l'utilité commune que les citoyens nomment des représentants bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général, et d'interpréter à cet égard leur propre volonté ».

habitants pourront exprimer des attentes, formuler des propositions, défendre des intérêts collectifs de nature à aider les autorités locales dans leur gestion de la collectivité, spécifiquement de la commune. Dans ce cadre géographiquement restreint, et même si les autorités locales le contestent souvent, la simple qualité d'habitant confère par elle-même une forme de représentativité matérielle habilitant le particulier à parler au nom de la population de la commune, du quartier ou du moins d'une partie d'entre elle. Ainsi, alors que par principe le particulier est préjugé parler pour lui au sein des administrations sectorielles, l'habitant possède exceptionnellement un brevet à parler au nom de tous au sein des communes. Dès lors, pour contester cette affirmation, l'administration locale est en quelque sorte moralement tenue de démontrer que son interlocuteur défend des intérêts individuels.

2) *Un apport variant selon les instruments participatifs*

260. Pour recueillir l'ensemble de ces données objectives et collectives, pour concilier ou arbitrer les intérêts publics ou privés en présence, l'administration n'a pas toujours recours aux modèles juridiques offerts par la participation citoyenne. Une consultation directe et individualisée des parties prenantes dans un secteur déterminé peut tout à fait être employée en dehors de tout cadre juridique. L'organisation d'un budget participatif ou d'une réunion de quartier peut permettre de faire remonter les besoins et attentes locales. Mais il faut surtout ici relever que tous les modèles juridiques de participation n'offrent pas les mêmes atouts pour l'administration sur ce sujet, qu'il s'agisse de l'intégration des parties prenantes au sein d'un organe collégial, qualifiée de « *méthode de l'internalisation* » par le Conseil d'État¹⁵¹⁵, ou des procédures de participation du public ou de consultation individualisée, soit la « *méthode de l'externalisation* »¹⁵¹⁶. Ces méthodes permettent une amélioration de la prise de décision, mais elles offrent des qualités qui sont propres à chacune d'elles.

Les consultations individualisées favorisent un échange direct avec l'administration, mais elles ne permettent qualitativement pas d'organiser une confrontation entre les diverses parties prenantes et se limitent quantitativement à quelques acteurs préalablement identifiées par l'administration.

¹⁵¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 30.

¹⁵¹⁶ *Idem*.

L'atout de l'organe collégial est de permettre une discussion directe, un échange avec l'administration et/ou entre les participants, une confrontation des points de vue et des intérêts en présence. Cette situation caractérise essentiellement les organes consultatifs dont les effectifs et partant les intérêts représentés sont plus nombreux, et dont les séances interviennent durant la phase d'instruction de la prise de décision, ce qui permet d'influencer plus efficacement les choix définitifs de l'administration. Inversement, l'organe collégial décisionnel est le plus souvent composé d'un nombre plus limité de membres, limitant ainsi la diversité des intérêts représentés, mais surtout il intervient au stade ultime de la prise de décision, ce qui limite la prise en compte de points de vue contradictoires, invités simplement à valider ou rejeter un projet de décision. Mais, qu'il soit consultatif ou décisionnel, l'organe collégial est grevé d'un même défaut potentiel, celui de limiter le nombre des interventions à des acteurs préalablement identifiés, ce qui ne permet pas nécessairement d'associer au processus décisionnel toutes les personnes disposant d'une appétence, d'une compétence ou d'un intérêt à promouvoir ou à défendre eu égard au projet de décision. Pour reprendre les propos de Ch. Testard, « *la composition des organes consultatifs est largement fixée par l'administration elle-même, laquelle décide quels experts doivent être consultés, quels intérêts représentés et quel équilibre réalisé entre les différentes catégories de représentants. Ce contrôle de l'administration, s'il est critiquable dans le sentiment de manipulation de la participation qu'il laisse, trouve tout de même des explications dans la nécessité pour l'administration de rechercher la participation des personnes les plus qualifiées pour l'éclairer dans ses choix* »¹⁵¹⁷.

Les procédures de participation du public permettent en théorie d'élargir le nombre d'acteurs et de garantir une plus grande diversité d'expertises, puisque leur caractère ouvert et public permet à chacun de participer pour délivrer des éléments d'expertise technique ou sociale. C'est tout l'intérêt de la procédure de consultation ouverte sur Internet, mise en place par la loi de simplification du droit du 17 mai 2011¹⁵¹⁸, puisqu'elle permet à une administration d'y avoir recours en lieu et place de la consultation obligatoire d'une commission consultative. Il s'agit alors d'élargir la portée de la consultation en généralisant la consultation à l'ensemble des personnes concernées. L'administration est alors à la recherche tout aussi bien de l'expertise de personnalités qualifiées, identifiées ou non, que de celle des représentants d'intérêts ou des usagers. Il en va de même des instruments de participation ouverte en matière environnementale

¹⁵¹⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 461.

¹⁵¹⁸ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1 (article 16).

et essentiellement lors de la phase de concertation, lorsque le projet n'est pas encore arrêté, pendant laquelle les échanges et le débat qui s'y déroulent ont vocation à nourrir le projet administratif, tant dans les motifs qui le justifient que dans les choix qui seront pris. Parfois même, cette phase de concertation peut conduire à l'abandon du projet, ce qui ne constitue pas l'hypothèse la plus fréquente. On pense ici à l'abandon du projet de grand contournement autoroutier de Toulouse, du projet de terminal méthanier sur la commune de Verdon-sur-Mer ou encore du projet de liaison autoroutière Troyes-Auxerre-Bourges suite aux débats publics organisés en 2008. Dans l'ensemble, la Commission nationale du débat public estime à ce titre que deux tiers des projets sont remaniés en profondeur, suspendus ou abandonnés à la suite de la phase de débat public. C'est ce qui fait dire à P. Idoux qu'« *il est certain que les procédures de débat public en amont d'un processus décisionnel correspondent à cette conception plus exigeante de la participation. De la même façon que le débat contradictoire lors d'un procès n'a pas seulement pour fonction de permettre la défense des intérêts en présence, mais doit fondamentalement permettre la découverte de la "vérité" par le juge, le débat public en amont des décisions est susceptible de guider la détermination progressive du sens de la meilleure décision possible* »¹⁵¹⁹. Inversement, lors de la phase ultérieure de consultation du public, il apparaît assez clair qu'il ne s'agit plus véritablement pour l'administration ou le responsable du projet de confronter sa connaissance et/ou ses choix à la perception qu'en ont les habitants qui participent effectivement. Cependant, que ce soit dans la phase de concertation ou dans la phase de consultation, nous l'avons constaté, le caractère ouvert de la procédure de participation du public ne signifie pas nécessairement l'implication de tous les acteurs potentiellement concernés, ce que démontre la forte variation du nombre des participants lors de la mise en place de ces instruments¹⁵²⁰. Il n'est pas certain que le processus implique quantitativement la participation d'acteurs plus diversifiés que dans le cadre d'un organe collégial. En outre, il n'est qualitativement pas non plus acquis qu'un débat, une confrontation directe, un échange d'arguments entre les différents acteurs s'institue, en l'absence d'organisation d'une réunion publique ou de mise en place d'un forum de discussion électronique¹⁵²¹. Une procédure de participation du public peut tout à fait se limiter, comme une consultation individualisée, à la simple émission d'observations à l'adresse unique de l'administration sans aucun échange, ce qui laisse à l'administration le soin de procéder seule aux conciliations et arbitrages nécessaires.

¹⁵¹⁹ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁵²⁰ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹⁵²¹ Voir *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

Dès lors, afin de prendre les forces et de compenser les insuffisances de chaque instrument participatif, il apparaît de bonne pratique administrative non pas de substituer tel processus à tel autre, comme l'exprime la philosophie du dispositif de consultation sur Internet mis en place par la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, mais justement d'organiser successivement ces différentes méthodes, pour diversifier l'expertise citoyenne. C'est en multipliant ses sources d'information, en confrontant l'ensemble des intérêts publics et privés en présence, que l'administration pourra exercer efficacement sa mission contemporaine de conciliation ou d'arbitrage, à condition de ne pas voir dans la participation citoyenne qu'une simple formalité organisée sous la contrainte.

Il ne faut toutefois pas succomber à une vision idyllique. La participation d'une multiplicité d'acteurs, même réunis dans un même lieu pour échanger sur un sujet faisant débat, ne garantit en rien des échanges fructueux facilitant la tâche de l'administration. On peut ici évoquer l'expérience relatée par D. Truchet à propos d'un débat relatif aux ondes électromagnétiques. L'auteur s'exprime ainsi : « *Evoquant à nouveau mon expérience, je garde un mauvais souvenir de ma participation, comme expert juridique, au "Grenelle des ondes" de 2009, qui avait un objet proprement sanitaire. Faute de pouvoir y convoquer le peuple, y avaient été invités les représentants de tous les intéressés. Ils étaient nombreux : élus, associations, opérateurs, institutions sanitaires et techniques, experts divers ! En l'absence de tout consensus scientifique sur la dangerosité éventuelle des ondes électromagnétiques, ce fut une longue cacophonie dont, sur le moment du moins, il n'est pas sorti grand-chose d'utile* »¹⁵²². Mais c'est justement dans ce cas, à défaut de consensus ou de compromis possible, que l'administration doit procéder aux arbitrages nécessaires au regard des positions inconciliables exprimées par les différents acteurs.

261. Ce même examen conduit cependant à remettre ici en cause l'intérêt de l'usage des processus référendaires, qu'ils soient décisionnels ou consultatifs, car il ne permet jamais à l'électeur d'émettre une observation construite. Si le vote exprimé induit une attente du corps électoral, un vote positif ou négatif ne peut en rien améliorer le contenu de la décision. Cette attente n'est pas formalisée, ni par écrit ni oralement. De même, l'instruction étant bouclée, l'outil référendaire ne peut juridiquement pas s'inscrire dans la recherche d'une décision de qualité. C'est parce que le processus référendaire se situe au stade ultime du processus

¹⁵²² D. TRUCHET, « Les instruments juridiques de la démocratie sanitaire », *op. cit.*

décisionnel, à savoir valider ou non le projet de décision, qu'il ne remplit pas la fonction de perfectionnement de la décision administrative qui peut caractériser les autres modèles de participation citoyenne. Ainsi, « à la différence de celui rendu par quelque organisme technique, l'avis qui émane d'une consultation populaire ne peut porter que sur l'opportunité de la décision »¹⁵²³. Tout au plus, les seuls propos échangés durant la campagne électorale par les uns et les autres peuvent éclairer rétroactivement sur les raisons qui ont justifié le choix de l'ensemble des votants. Sauf hypothèse d'un vote ayant portée décisionnelle, l'administration reste tout à fait fondée, au regard des débats qui ont animé la phase préélectorale, à rouvrir la phase d'instruction à la suite des résultats d'un vote défavorable ou manifestant un faible écart de voix en faveur du « oui » lorsque le résultat n'a qu'une valeur consultative. C'est ce qu'a illustré la situation postérieure à la consultation des électeurs intervenu le 26 juin 2016 sur le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes. À la suite d'un scrutin ayant pourtant vu le « oui » l'emporter à hauteur de 55,17 %, et en l'absence de mise en œuvre du projet par l'ancienne équipe gouvernementale, le Gouvernement dirigé par Edouard Philippe a jugé utile de rouvrir en 2017 le processus d'instruction de ce grand projet d'infrastructure. A ainsi été mis en place une mission de médiation devant rendre un rapport détaillé et motivé sur l'opportunité de ce projet par rapport à la solution alternative d'une extension de l'aéroport existant de Nantes-Atlantique, et qui aboutira au choix du Gouvernement d'abandonner ce projet au profit de ce second projet le 17 janvier 2018.

On le voit, ce qui pose problème dans les référendums, c'est en définitive leur caractère dichotomique. Afin de promouvoir le référendum comme instrument d'aide à la décision, sans craindre les effets du vote négatif rejaillissant sur le décideur, une solution existe en théorie, même si elle n'est pas juridiquement autorisée en droit français. Cette solution consiste à la suppression de l'alternative « oui » ou « non » qui caractérise les processus référendaires français, qu'ils soient décisionnels ou consultatifs. En effet, les règles établies par le législateur et le pouvoir réglementaire limitent le choix des électeurs à une simple alternative binaire entre « oui » et « non », entre approbation ou rejet du projet d'acte. Ainsi, l'article L. 1112-20 du CGCT, intéressant la consultation des électeurs, dispose que « *les électeurs font connaître par oui ou par non s'ils approuvent le projet de délibération ou d'acte qui leur est présenté* ». Concernant le référendum local, ce sont les dispositions de l'article R. 1112-7 alinéa 1^{er} qui régissent la matière. Il dispose que « *deux types identiques de bulletins de vote, imprimés en*

¹⁵²³ C. CHANTEPY, « Nature et objet du référendum communal, conclusions sur CE, sect., 29 décembre 1995, M. Géniteau. », *RFDA*, 1996, p. 471 et s.

couleur noire sur papier blanc, l'un portant la réponse "oui" et l'autre la réponse "non", sont fournis par la collectivité ayant décidé le référendum ». Il serait pour autant intéressant de modifier cet état du droit positif, car cette alternative limite fortement l'intérêt de tels mécanismes et exclut de fait toute présentation de choix entre différents projets alternatifs. La critique est assez largement partagée. Selon S. Pinon, « *plutôt que de libérer l'électeur de la tutelle représentative, c'est bien davantage, avec cette approche binaire du débat à trancher, un cloisonnement simpliste et réducteur qu'on lui impose* »¹⁵²⁴. N. Belloubet-Frier estime que l'administration locale « *devrait offrir, sur une même question, un véritable choix aux électeurs entre plusieurs projets contradictoires et ne pas les contraindre à se prononcer sur la solution préférentielle de l'équipe au pouvoir* »¹⁵²⁵. Pour E.-P. Guiselin, « *plus encore, dans la formulation de la question, les élus (...) devraient pouvoir dépasser l'alternative quelque peu manichéenne et réductrice entre le "oui" et le "non" (...) ce cadrage des options du vote se justifie mieux pour un référendum national. On comprend moins bien qu'il soit imposé systématiquement pour les consultations et les référendums locaux* »¹⁵²⁶. À y réfléchir, la distinction n'est pas nécessairement à faire entre les processus référendaires locaux et nationaux, mais plutôt entre les dispositifs de consultation des électeurs et de référendum. À partir du moment où le référendum a une portée décisionnelle, il est difficilement envisageable de laisser les électeurs choisir entre plusieurs solutions au risque de ne pas voir de majorité se dégager au profit d'une des alternatives proposée. Le référendum décisionnel local a en effet vocation à emporter la décision lorsqu'est acquise la majorité des votants, devant représenter 50 % de l'électorat. Si plus de deux projets sont soumis aux électeurs, la majorité risque de n'être que relative, sans compter le taux de participation. Par contre, en matière consultative, une majorité relative peut plus facilement être prise en compte par le décideur, même si la question de l'interprétation des résultats pourrait s'avérer délicate. En permettant aux élus de présenter des projets alternatifs aux électeurs, le législateur serait alors à même de redonner au référendum une de ses fonctions originelles, à savoir une fonction d'« *éclairage de la décision* »¹⁵²⁷ et d'« *information sur l'état de l'opinion* »¹⁵²⁸, plus concret qu'un sondage d'opinion difficilement réalisable à petite échelle. Comme l'évoque H. Rihal, « *le référendum apparaît donc comme une véritable procédure de démocratie locale dont le but est d'aider le*

¹⁵²⁴ S. PINON, « L'occasion manquée de la démocratie participative dans le République décentralisée », *op. cit.*, p. 14.

¹⁵²⁵ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 168.

¹⁵²⁶ E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *op. cit.*, p. 1254.

¹⁵²⁷ Ch. PIERRET, rapport au nom de la commission spéciale, n° 1888, Assemblée nationale, 8 avril 1991, p. 173.

¹⁵²⁸ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 207.

conseil municipal et le maire à faire des choix, de tâter le pouls de la population. Il ne doit pas être conçu comme un plébiscite mais comme une demande objective d'avis sur un projet engageant la commune »¹⁵²⁹. Aujourd'hui, sans cette possibilité, on peut dire que les mécanismes de participation des électeurs sont plus restrictifs que des procédés moins directs de participation du citoyen. Selon G. Rochdi, la consultation des électeurs « *peut sembler plus restrictive que les diverses techniques qui autorisent les administrés à participer plus directement au processus décisionnel, notamment par la formulation d'observations écrites ou orales donnant lieu le cas échéant, à un véritable débat contradictoire avec les autorités administratives* »¹⁵³⁰. En l'état, ces mécanismes, pour démocratiques qu'ils soient, ne sont pas gages d'une bonne administration, même si des applications locales ont tout de même expérimenté cette approche entre plusieurs alternatives¹⁵³¹, alors même que ce n'est pas juridiquement autorisé. Or, cette faculté de soumettre des projets alternatifs lors d'une consultation des électeurs a été mise en œuvre dans certains États étrangers. Il faut ici illustrer notre propos par un exemple récent en Nouvelle-Zélande pour le choix du drapeau national. Un premier référendum s'est clôturé le 11 décembre 2015 visant à choisir parmi cinq propositions le drapeau lequel devrait être soumis, face au drapeau national historique, à un nouveau choix des électeurs, qui a abouti au choix du corps électoral de conserver le drapeau national lors du référendum qui s'est clôturé le 24 mars 2016.

262. Si un choix entre plusieurs alternatives n'est juridiquement pas autorisé lors d'un processus référendaire, une parade a été trouvée par certaines administrations locales par l'organisation de consultations ouvertes sur Internet offrant, hors de tout cadre juridique, au public une capacité de voter par voie électronique et même ponctuellement par voie papier. L'exemple le plus emblématique consiste, depuis 2014, dans le développement des budgets participatifs permettant aux habitants d'une commune ou d'une intercommunalité, après une phase d'initiative populaire, de choisir par voie de vote parmi une diversité de projets d'investissement¹⁵³². Le juge administratif n'a jusqu'à ce jour pas été saisi de la légalité du recours à un tel mécanisme de démocratie locale permettant de ne pas avoir recours à un

¹⁵²⁹ H. RIHAL, « Le référendum communal, bilan et perspectives, note sous CE, 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé », *RFDA*, 1996, p. 452 et s.

¹⁵³⁰ G. ROCHDI, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵³¹ Voir notamment E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *op. cit.*, p. 1254.

¹⁵³² Voir *supra*, n° 187.

processus référendaire, dont le régime juridique strictement règlementé, n'offre pas cette souplesse dans les modalités du vote. Cependant, nous l'avons vu, le juge a eu l'occasion de valider la mise en place d'un mécanisme semblable de votation à choix multiples consistant à consulter les habitants d'une région dans le cadre du processus de dénomination de celle-ci à la suite de la réforme de l'organisation des régions en 2015¹⁵³³.

B – La prise en compte des situations personnelles

263. Pour adopter une décision de qualité, l'administration peut également avoir besoin d'identifier des situations personnelles. Si ce simple constat va de soi pour la prise d'une décision individuelle, puisque la procédure contradictoire a justement pour fonction la défense des intérêts personnels (1), la question de la compatibilité entre intérêt personnel et intérêt général se pose surtout s'agissant des décisions non-individuelles (2).

1) La défense des intérêts personnels face aux décisions individuelles : l'objet même de la procédure contradictoire

264. Une décision individuelle est le plus souvent adoptée en considération de données subjectives, qu'elle prenne la forme d'une mesure de sanction ou d'une mesure de police, qu'elle accorde, refuse ou retire un droit, qu'elle concerne les ressources, le statut, l'activité ou encore le comportement d'une personne. Lorsqu'il est affecté défavorablement, le citoyen est invité à présenter ses observations dans le cadre d'une procédure contradictoire pour défendre ses droits ou sa situation. S'il s'agit d'une garantie au profit de la personne intéressée, dont la méconnaissance constitue un vice de procédure, la procédure contradictoire a une véritable incidence sur le fond de l'affaire et offre ainsi à l'administration un moyen d'améliorer l'instruction de ses décisions et donc de renforcer la légalité interne de la mesure envisagée. En effet, en ouvrant la possibilité à la personne intéressée de se défendre avant la prise de la décision qui porte atteinte à ses intérêts, l'administration dispose accessoirement d'une faculté

¹⁵³³ Voir *supra*, n° 189.

de vérifier les informations factuelles dont elle dispose. R. Odent pose l'enjeu en démontrant que « *l'expérience montre que les erreurs de droit commises par les autorités publiques ou juridictionnelles sont moins redoutables pour les administrés et les justiciables que les erreurs de fait ; les erreurs de droit sont, en général, faciles à déceler et à rectifier ; les erreurs imputables à une connaissance insuffisante ou incomplète des faits et surtout aux appréciations de fait auxquelles l'administrateur ou le juge se sont livrés sont au contraire, difficiles à éviter et à découvrir ou même sont juridiquement impossibles à corriger (...) les appréciations de fait, qui conditionnent les décisions juridictionnelles et administratives, doivent, dès l'origine, être conformes à la vérité* »¹⁵³⁴. R. Odent souligne ici l'enjeu premier de la mise en œuvre de la procédure contradictoire, à savoir le fait de permettre à l'administration de prévenir une erreur de fait et d'appréciation de la situation personnelle de l'intéressé¹⁵³⁵. Comme l'évoque B. Delaunay, cette procédure vise à offrir à l'intéressé la possibilité de présenter des « *arguments destinés à rétablir éventuellement l'exactitude des faits retenus par l'administration et la portée que celle-ci doit leur attribuer* »¹⁵³⁶. La procédure doit ainsi aboutir à une décision motivée par des faits exacts et mieux proportionnés à ceux-ci¹⁵³⁷. C'était tout l'apport de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 qui visait à répondre au scandale de l'affaire des fiches, qui avait montré que l'avancement des officiers dépendait de leurs opinions politiques et religieuses « *que leur prêtaient des fiches confidentielles parfois constituées à partir de ragots* »¹⁵³⁸. L'intervention préalable de la personne concernée permet justement de vérifier l'exactitude de matérielle des faits et de mieux proportionner la décision invitée à y répondre. M. Waline illustre ce propos par une formule selon laquelle l'administration « *n'a jamais intérêt à dire comme Alceste : "moi, je veux me fâcher, et ne veux point entendre"* »¹⁵³⁹. Par la présentation d'une défense préalable, la personne intéressée offre à l'administration une faculté de rectification de ses erreurs.

C'est au regard de cet apport pour l'administration que le commissaire du Gouvernement F. Sénors, sur l'arrêt du 7 décembre 2001 « Société anonyme Ferme de Rumont » avait proposé de retenir un critère finaliste pour l'identification du champ d'application du principe général des droits de la défense. Pour lui, « *dès lors que l'objet*

¹⁵³⁴ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.* p. 55.

¹⁵³⁵ Ch. EISENMANN, « Contribution au premier congrès international du droit comparé de l'association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 10-17 septembre 1956) », *RIDC.*, Vol. 9 N° 1, janvier-mars 1957, p. 88.

¹⁵³⁶ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵³⁷ M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », *op. cit.*

¹⁵³⁸ R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », *op. cit.*, p. 94.

¹⁵³⁹ M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », *op. cit.*

fondamental de la procédure contradictoire n'est pas de donner à l'administré une satisfaction formelle mais bien de permettre à l'administration d'être utilement éclairée par les éléments qui pourraient lui être révélés par cette procédure, afin de prendre la décision la plus conforme à la réalité de la situation, il n'est pas absurde d'imaginer que le critère déterminant pour savoir s'il y a lieu ou non de faire jouer les droits de la défense repose sur l'intérêt concret que représente pour la prise de décision la défense de l'intéressé, plus que sur la nature ou les effets de l'acte. Cette approche finaliste reposerait ainsi sur l'appréciation de l'incidence qu'est susceptible d'avoir la procédure contradictoire sur l'information utile à l'administration : s'il apparaît que la décision devant intervenir, alors même qu'elle ne repose pas sur l'appréciation du comportement de la personne concernée, comporte des éléments d'incertitude et que la défense de l'intéressé est de nature à apporter une contribution pertinente à la formation de la décision, par des éclaircissements utiles relatifs à des éléments de faits ou de circonstances, la procédure contradictoire trouve sa raison d'être. Si, au contraire, en dépit de tout ce qui peut être invoqué, la décision ne peut connaître aucun infléchissement, du fait notamment qu'elle résulte nécessairement de motifs de pure légalité dont l'application au cas d'espèce est dépourvue d'éléments d'incertitude, la défense est inutile. Ce critère d'analyse n'imposerait pas à l'autorité administrative concernée d'imaginer ou d'apprécier par anticipation les éléments potentiels de la défense de l'intéressé, mais seulement de se demander si elle se trouve face à des éléments d'incertitude auxquels la défense pourrait répondre »¹⁵⁴⁰. Si cette proposition n'a pas été retenue par le juge administratif, elle nous éclaire sur la portée réelle de la procédure contradictoire quant à l'examen des questions de fait.

265. Parallèlement à la prise en compte d'observations relatives aux motifs de fait de la décision, le débat s'est ouvert sur le point de savoir si les motifs de droit pouvait être invoqués durant la procédure contradictoire. En ouvrant la possibilité à la personne intéressée d'émettre des observations avant la prise de la décision qui porte atteinte à ses intérêts, celle-ci va chercher à se défendre en invoquant tout moyen juridique propre à contrer l'intention de l'administration. Mais cette défense doit-elle s'arrêter à l'invocation de moyens de fait ? Ne peut-il pas profiter de l'occasion qui lui est donnée d'exposer son point de vue pour invoquer des moyens de droit ?

¹⁵⁴⁰ F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *op. cit.*, p. 46.

Alors que certains auteurs, comme R. Hostiou¹⁵⁴¹, A. R. Brewer-Carias¹⁵⁴² ou G. Isaac¹⁵⁴³ ne se sont pas positionnés, une partie de la doctrine, dont fait partie H. Spanner, dénie la faculté de présenter des moyens de droit en arguant que les droits de la défense ne concernent « *que les faits ou les preuves* » et qu'ils n'ont « *pas pour objet les mobiles juridiques de l'autorité administrative* »¹⁵⁴⁴. Face à ce courant, il faut pourtant reconnaître cette faculté offerte à la personne intéressée d'invoquer tout moyen juridique, quand bien même la fonction principale de la contradiction concerne les motifs de fait. Si les droits de la défense permettent en premier lieu d'éviter des erreurs de fait, ils peuvent tout à fait permettre à l'intéressé d'évoquer des moyens de droit qui seront éventuellement pris en considération par l'administration ; celle-ci conservant son pouvoir discrétionnaire d'appréciation des faits et de prise de décision. Cette vision s'explique simplement par le constat selon lequel la procédure contradictoire apparaît plus largement comme une garantie précontentieuse. Pour Ch. Eisenmann¹⁵⁴⁵, l'existence de recours juridictionnels *a posteriori* n'est pas équivalente au droit d'être entendu au cours de la procédure administrative eu égard à la durée relativement longue des procédures juridictionnelles. En conséquence, la procédure contradictoire peut être appréciée comme un examen préalable de la légalité objective du projet de décision individuelle, que ce soit par l'invocation de moyens destinés à prévenir les erreurs de fait, « *facilement évitables* »¹⁵⁴⁶, ou par l'invocation d'erreurs de droit éventuellement commises par l'administration en amont de la prise de décision. En parlant d'un « *auxiliaire de la légalité objective* »¹⁵⁴⁷, G. Braibant, N. Questiaux et C. Wiener évoquent aussi cette idée en indiquant que « *l'intervention des particuliers doit ou peut aboutir à assurer les conditions d'une régularité objective : en versant au dossier leur part de vérité ils défendent leur propre cause, mais servent également celle de la légalité générale. [On peut parler d'un] système organisé de précautions préalables* »¹⁵⁴⁸ au contrôle *a posteriori*. B. Delaunay prône cette position selon laquelle le principe est « *destiné non seulement à protéger des droits individuels, en prévenant les risques d'arbitraire et*

¹⁵⁴¹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 81.

¹⁵⁴² A. R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, Etudes de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, op. cit., p. 122.

¹⁵⁴³ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 386.

¹⁵⁴⁴ H. SPANNER, « De la procédure administrative non contentieuse », *RISA*, vol. 2, 1959, p. 170.

¹⁵⁴⁵ Ch. EISENMANN, « Contribution au premier congrès international du droit comparé de l'association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 10-17 septembre 1956) », op. cit., p. 88.

¹⁵⁴⁶ M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », op. cit.

¹⁵⁴⁷ G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, (étude comparative)*, Editions Cujas, 1973, p. 236.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 237.

d'erreur, mais également à assurer la légalité et l'opportunité de la décision »¹⁵⁴⁹. À l'instar d'un recours administratif préalable, rien n'empêche la personne intéressée de présenter tout motif d'illégalité lui permettant de se défendre et offrant à l'administration un moyen de mieux instruire les décisions individuelles défavorables à leurs destinataires.

2) *La défense des intérêts personnels face aux décisions non-individuelles : une compatibilité conditionnée*

266. Si les décisions individuelles nécessitent le plus souvent l'identification préalable d'une situation personnelle, cette remarque peut aussi valoir pour les décisions non-individuelles. Toutefois, la possibilité pour le citoyen de revendiquer ses intérêts personnels face à une décision non-individuelle trouve deux limites, matérielle et organique.

267. Par principe, il n'y a pas d'incompatibilité matérielle de principe à prendre en compte des intérêts individuels lors de la définition de l'intérêt général. Il est tout à fait possible pour une administration de concilier des exigences tirées de l'intérêt général avec des situations personnelles lors de l'élaboration des décisions administratives, réglementaires ou d'espèce. Cette situation caractérise par exemple de nombreux projets d'aménagement urbain. Afin de ne pas trop affecter des propriétaires voisins, la création d'une nouvelle zone d'extension urbaine, plus dense en raison de la volonté contemporaine de mieux préserver les parcelles agricoles, peut tout à fait se concrétiser par l'implantation de pavillons à la lisière des habitations du quartier qu'il jouxte ; les bâtiments collectifs étant alors éloignés pour préserver la tranquillité des habitants affectés par la nouvelle zone d'aménagement. Cette conciliation avec la situation personnelle des propriétaires dont les intérêts sont affectés peut être intégrée dans un plan local d'urbanisme (décision réglementaire) et/ou dans le projet soumis à déclaration d'utilité publique (décision d'espèce). Dans un tout autre registre, dans un service de restauration, il est tout à fait possible de tenir compte du régime alimentaire d'usagers, en raison de leur intolérance médicale à tel ou tel aliment. Pareillement, dans le domaine de l'enseignement, un règlement intérieur peut prévoir des dispositifs d'autorisation d'absence pour des élèves ou

¹⁵⁴⁹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 40.

étudiants ayant des contraintes médicales ou professionnelles. Les exemples pourraient être multipliés et il n'est pas rare que des intérêts individuels soient indirectement en jeu lors de la prise d'une décision réglementaire, c'est la raison pour laquelle les individus ou les *lobbies* peuvent être tentés d'influencer le décideur en vue de la satisfaction de leurs intérêts propres, qu'ils concernent la propriété, des intérêts économiques ou des avantages matériels ou financiers.

Toutefois, si une décision administrative peut satisfaire des intérêts personnels, il faut relever des hypothèses d'incompatibilité matérielle dans le cadre de la jurisprudence relative au détournement de pouvoir. Cette notion juridique, telle que définie par E. Laferrière¹⁵⁵⁰, permet de censurer une autorité administrative qui a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ses pouvoirs lui ont été conférés¹⁵⁵¹. Précisée par D. Truchet¹⁵⁵², cette notion recouvre en réalité deux aspects. Le détournement « *type 1* » fixe la limite matérielle entre intérêt général et intérêt personnel. Il s'agit de l'hypothèse où « *l'agent a agi dans son intérêt personnel, dans l'intérêt d'un tiers, dans un intérêt politique, etc..., mais pas dans l'intérêt général* »¹⁵⁵³. Il en ressort que si l'administration peut toujours agir au profit d'un intérêt personnel, cela ne doit jamais constituer le motif exclusif de son action. Il faut toujours qu'un intérêt public ou collectif puisse être identifié. Plusieurs jurisprudences illustrent cette frontière entre intérêt général et intérêt privé¹⁵⁵⁴. L'exemple classique évoqué ressort de l'arrêt « Ville de Sochaux » rendu par le Conseil d'État le 20 juillet 1971¹⁵⁵⁵ à propos d'un projet de déviation routière essentiellement réalisée au profit de la société automobile Peugeot. Le juge administratif considère « *qu'en jugeant que "si la déviation projetée profite au premier chef aux établissements Peugeot dont les usines sont séparées par la route nationale n° 463 dans son trace actuel, l'intérêt de cette société n'est pas exclusif de l'intérêt général du projet" et en ajoutant qu'en effet le nouveau trace assurerait "une plus grande fluidité de la circulation" et*

¹⁵⁵⁰ Voir notamment D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977, p. 288.

¹⁵⁵¹ Le juge opère, contrairement au langage qu'il emploie, un contrôle des mobiles et non des motifs. D. Truchet critique ce « *laisser-aller formel* » en exposant la formulation retenue par l'arrêt CE, 4 janvier 1961, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, *Rec.*, p. 1. Le Conseil d'État affirme que l'acte en cause est « *inspiré en réalité non par des motifs tirés de l'intérêt de la santé publique, mais par le seul souci de protéger des intérêts purement privés* ». D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 92 et s.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 93.

¹⁵⁵⁴ Voir notamment CE, sect., 2 novembre 1956, Biberon, *Rec.*, p. 403, conclusions MOSSET ; CE, 12 novembre 1958, Syndicat de la raffinerie de soufre française, *AJDA*, 1959, II, p. 13 ; CE, 26 avril 1965, Ville-neuve, *Rec.*, p. 207 ; CE, 16 février 1972, Ministre de l'équipement et du logement c. Baron, *Rec.*, p. 139, *RDP*, 1972-1975.

¹⁵⁵⁵ CE, 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, *AJDA*, 1972, p. 227, note HOMONT.

augmenterait "la sécurité dans une zone particulièrement dangereuse", le tribunal administratif de Besançon n'a pas entaché sa décision d'une contradiction de motifs ». En l'espèce, c'est en parce qu'un motif d'intérêt général a pu être identifié que le projet ne peut pas être considéré comme un détournement de pouvoir de type 1. De son côté, le détournement de pouvoir « type 2 »¹⁵⁵⁶ ne concerne pas cette limite entre intérêt personnel et intérêt général. Il se rencontre, non pas lorsque le but poursuivi n'est pas illégitime en lui-même, mais lorsque l'administration n'a pas agi dans le but qu'elle était tenue de poursuivre dans le cadre de sa mission¹⁵⁵⁷, ce qui ne s'inscrit pas dans le cadre de notre raisonnement.

268. Ainsi conçu, l'intérêt général n'est juridiquement pas exclusif des intérêts individuels tant qu'il ne se contente pas de les satisfaire. Dès lors, il en ressort que tout un chacun peut légitimement tenter d'influer l'administration pour obtenir la satisfaction de ses intérêts personnels lors de l'élaboration de la décision administrative, et partant lors des processus participatifs mis en place. Or, en raison d'une hypothèse d'incompatibilité organique, le citoyen n'est pas toujours juridiquement autorisé à promouvoir ou à défendre un intérêt personnel lors d'un processus de participation du citoyen à la décision administrative.

En raison du principe d'impartialité de l'administration, un citoyen ne peut en effet pas participer à l'édiction d'une décision le concernant individuellement au sein d'un organe collégial consultatif ou décisionnel. Lorsqu'un membre¹⁵⁵⁸ ou un intervenant extérieur¹⁵⁵⁹ est individuellement intéressé par un projet de décision inscrit à l'ordre du jour, il a alors obligation de se déporter et de ne pas prendre part au débat et au vote. Pour reprendre les propos de R. Hostiou, « la fonction même de la consultation étant de donner à l'organe compétent une information sereine et désintéressée, il est indispensable, sous peine de porter atteinte à la finalité même de la procédure consultative de veiller à ce que l'organe consulté fasse toujours montre d'une impartialité totale à l'égard de la personne ou du sujet sur lesquels porte la consultation »¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁶ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, op. cit., p. 92 et s.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹⁵⁵⁸ CE, sect. 29 avril 1949, Bourdeaux, *Rec.*, p. 188.

¹⁵⁵⁹ CE, 13 mai 1949, Laguens, *Rec.*, p. 217, s'agissant de l'auteur d'une plainte ; CE 12 janvier 1951, Gataler, RDP, 1951, p. 1129, s'agissant d'un témoin.

¹⁵⁶⁰ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 265.

Dès lors, il apparaît juridiquement possible pour une personne de promouvoir ou de défendre son intérêt individuel uniquement dans le cadre d'une procédure de consultation individuelle ou de participation du public, même si l'administration n'est bien sûr pas tenue d'y répondre favorablement. Prend ainsi sens, l'idée selon laquelle les procédures de participation du public peuvent juridiquement se définir comme des garanties accordées au citoyen pour la promotion ou la défense d'un intérêt collectif ou individuel. C'était originellement tout l'intérêt de la procédure d'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique d'un projet en matière d'urbanisme ou en matière environnementale, qui était vue comme un moyen pour les individus de défendre leur droit de propriété face à un projet d'expropriation ou à l'établissement d'une servitude¹⁵⁶¹, quand bien même l'administration ou le responsable du projet n'était pas tenu de prendre en considération les observations émises. Si l'atteinte au droit de propriété constitue toujours un des éléments d'appréciation par le juge, cette situation a été largement relativisée depuis l'établissement de la théorie du bilan « coûts-avantages », à partir de la jurisprudence « Ville nouvelle Est »¹⁵⁶², qui conduit désormais à davantage apprécier les projets à l'aune des inconvénients d'ordre social, économique ou environnemental. Cependant, la défense du droit de propriété et plus largement des intérêts individuels reste un élément d'actualité des instruments de participation ouverte, tant au regard de la pratique défensive qu'en font la plupart des citoyens participants, qu'au regard de l'ensemble des préjudices qu'ils peuvent subir à la suite des projets, plans ou programmes soumis au processus. Les procédures de participation du public doivent tout autant servir à la protection de l'environnement qu'à la protection des intérêts personnels susceptibles d'être lésés par un projet, plan ou programme. D'ailleurs, la volonté de protéger l'environnement induit la protection d'intérêts particuliers. Comme l'indique M. Bacache, l'atteinte à l'environnement, que l'on souhaite éviter, présente « un double caractère. En premier lieu, elle induit des préjudices objectifs, en ce sens qu'ils n'atteignent aucun sujet de droit. La nature, considérée comme le bien commun de l'humanité (...), ou le patrimoine commun de la nation (...) ne peut avoir la qualité juridique de victime en ce qu'elle n'a pas la personnalité morale. En second lieu, l'atteinte environnementale se traduit par des préjudices qui peuvent être qualifiés de premiers, en ce qu'ils sont eux-mêmes à l'origine d'autres préjudices matériels et moraux touchant les sujets de droit. En effet, l'atteinte

¹⁵⁶¹ Voir *supra*, n° 162.

¹⁵⁶² CE, ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, *Rec.*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *AJDA*, 1971, p. 404, chr. LABETOULLE et CABANES et 463, concl. BRAIBANT ; *RA*, 1971, p. 422, concl. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE ; *D.*, 1972, p. 194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971, II, 16873, note HOMONT ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE.

première à l'environnement, peut provoquer à son tour, par ricochet, d'autres préjudices subjectifs dérivés en se répercutant par cercles concentriques sur la situation personnelle ou collective des personnes bénéficiaires de l'environnement atteint. Il en est ainsi des préjudices consécutifs à un dommage corporel résultant de la pollution d'un site ou encore des préjudices matériels consécutifs à la perte de revenus professionnels ou à la perte de la valeur d'un bien. Il en va de même, pour les personnes morales, des préjudices matériels résultant des dépenses effectuées en vue de la restauration du site pollué, ou de certains préjudices moraux, tel que le préjudice de jouissance ou d'usage (...), le préjudice d'atteinte à la réputation et à l'image (...) ou celui subi par une association qui voit ses efforts anéantis par la pollution du milieu qu'elle préservait (...). Ce double caractère de l'atteinte environnementale (...) justifie en la matière l'intrusion dans les décisions publiques des potentielles victimes par ricochet. La personne qui formule des observations sur des mesures de nature à porter atteinte à l'environnement agirait de la sorte par anticipation, de façon préventive, pour éviter de subir des préjudices personnels dérivés »¹⁵⁶³. En participant pour éviter des atteintes à l'environnement, le public défend potentiellement tout autant la nature que ses propres intérêts.

C'est ainsi qu'il faut comprendre la formulation retenue à l'article L. 123-1 du code de l'environnement, depuis la loi Grenelle II du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, selon laquelle « *l'enquête publique a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement (...)* ». Cela ne semble pas devoir se limiter à ce seul dispositif participatif. À ces égards, il faut absolument réhabiliter la promotion et la défense des intérêts particuliers dans la définition même de l'intérêt général. Bien que l'administration n'y soit pas toujours prête, il semble que cet aspect soit au cœur du mouvement de réforme de l'administration conduisant plus largement à voir dans toute participation citoyenne un instrument de modernité et de bonne administration.

Il ne faut pas attendre de l'ensemble des processus participatifs des changements radicaux, mais simplement des évolutions permettant de concilier deux impératifs, la définition de l'intérêt général et la prise en compte des attentes de la société civile. Si la participation du citoyen peut être utile à la construction concertée de la décision, elle peut aussi apparaître comme un moyen d'action au service d'une réforme mieux acceptée et donc mieux exécutée.

¹⁵⁶³ M. BACACHE, « Le principe de participation : entre droit public et droit privé », *op. cit.*

Section 2 – La participation au service de l'exécution de la décision administrative

269. Il s'agit de la quatrième et dernière fonction juridique de la participation du citoyen à la décision administrative. En associant le citoyen, destinataire direct ou non de la mesure, l'administration fait en sorte que la décision soit mieux acceptée par ce dernier, garantissant ainsi la bonne exécution de son action. Autrement dit, en recueillant le point de vue du citoyen, l'administration s'assure que « *les mesures qui seront adoptées seront socialement acceptées et donneront lieu à une application effective* »¹⁵⁶⁴. « *Pour les autorités administratives, cet élément d'efficacité est important : les décisions prises sont mieux acceptées et donc mieux appliquées* »¹⁵⁶⁵. Cette recherche du consentement citoyen constitue un prolongement des fonctions que nous avons jusqu'à présent étudiées. Associer démocratiquement le citoyen à la définition constructive de l'intérêt général et lui permettre de défendre préalablement ses intérêts peut tout à fait permettre d'aboutir à une décision mieux adaptée à l'environnement dans lequel l'administration agit, tel qu'il est ressenti par les acteurs concernés, et partant mieux acceptée par ces derniers. L'ensemble de ces fonctions sont compatibles les unes avec les autres. Mais il faut constater que la recherche d'une décision acceptée peut aussi s'opposer aux fonctions démocratique, défensive et de perfectionnement de la participation citoyenne, lorsque le responsable du projet est psychologiquement animé par ce seul mobile. Ne cherchant qu'à vaincre la résistance des acteurs concernés par la décision, le responsable du projet peut être conduit à ne pas prendre en compte les points de vue exprimés. Indépendamment de sa sincérité ou non, l'administration a recours à une double stratégie pour obtenir l'aval du citoyen. D'abord, elle cherche à intégrer les différentes forces d'opposition ou plus largement les parties prenantes (§ 1), ce qui permet de lever les obstacles à son édicition et à son exécution. Ensuite, l'administration s'adresse plus largement à l'opinion publique, en promouvant la participation citoyenne comme nouvelle source de légitimité (§ 2).

¹⁵⁶⁴ O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, Ch-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, Editions Cujas, 2^e édition, 2015, p. 114-115.

¹⁵⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Publications de la faculté de Droit d'Amiens*, n° 1, 1971-1972, p. 70.

§ 1 – Participation et intégration des forces d’oppositions

270. En recourant à la participation citoyenne, l’administration se donne les moyens de lever des situations de blocage en cours ou en devenir, qui sont autant d’obstacles à l’édiction et à l’exécution des décisions administratives. De nombreux exemples illustrent le pouvoir de nuisance des acteurs issus de la société civile. Pour résoudre ces difficultés, la participation apparaît comme un outil de prévention des conflits (A) qui se déploie selon plusieurs niveaux d’intensité (B).

A – La participation comme outil de prévention des situations des conflits

271. Nous avons vu que, d’un point de vue théorique, l’association des opposants à un projet de décision était considérée comme contre-nature dans une conception classique de l’intérêt général. La participation des citoyens est alors vue comme une source de « *pression (...) de nature à compromettre la sérénité des choix administratifs* »¹⁵⁶⁶. Cependant, d’un point de vue pratique, il s’avère qu’en permettant et en organisant la contestation préalable de ses projets, l’administration s’offre un moyen d’accroître statistiquement le taux de réussite de son action. La participation citoyenne, si elle constitue tantôt une obligation juridique, tantôt une simple faculté laissée à la discrétion de l’administration, constitue un outil de bonne administration permettant de prévenir ou de parer diverses situations potentielles de blocage, compte tenu de sa dimension cathartique (1). Mais, l’expérience démontre qu’il faut bien s’accorder sur la portée limitée de cette intégration des forces d’opposition (2).

¹⁵⁶⁶ J. CHEVALLIER, « L’administration face au public », *op. cit.*, p. 20.

1) *La dimension cathartique de la participation*

272. Lorsqu'elle prend une décision, l'administration peut être confrontée à diverses situations potentielles de blocage nuisant à l'application de cette décision. Ces situations peuvent être classées en trois hypothèses.

En premier lieu, l'administration peut être confrontée à la volonté des acteurs concernés de ne pas mettre en œuvre ou de mal exécuter une réforme qu'il leur revient d'appliquer. En effet, les réglementations, mais c'est aussi vrai pour les lois, ont régulièrement vocation à être appliquées par des acteurs issus de la société civile et sur lesquels l'administration n'a pas de prise directe, de relation comparable à celle qu'elle entretient avec ses agents en vertu de son pouvoir hiérarchique ou de tutelle. Cette situation se présente généralement lorsqu'un projet de réforme impacte des professionnels. Pour l'illustrer, peut par exemple être évoqué le mouvement de blocage apparu en 2015 dans le cadre du projet d'un projet de loi Santé relatif au tiers payant. Opposés à la réforme, les syndicats de médecins libéraux avaient appelé leurs pairs à remplacer les transmissions électroniques permises par la carte Vitale par l'emploi de formulaire de soin sous forme papier, afin d'engorger l'Assurance maladie. Cette forme d'opposition consistait dans l'usage détourné d'un dispositif légal. Dans ce cas, sauf à aboutir à une réforme difficilement exécutable, l'administration est invitée à ne pas prendre le risque d'imposer ses vues sans laisser aux représentants des acteurs chargés de l'exécution même des mesures prises par l'administration une capacité de se faire entendre. Ce constat a été partagé par le Conseil d'État qui lorsqu'il a affirmé en 2011 que « *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* »¹⁵⁶⁷, même si l'administration reste libre de ses choix.

En deuxième lieu, l'administration peut être confrontée à des acteurs capables d'organiser des situations de blocage physique, de contestation « musclée » sur le terrain, ce qui peut aller jusqu'à empêcher l'exécution même d'un projet. Cette situation se rencontre d'abord lors des multiples manifestations des syndicats de salariés perturbant pour un temps les transports du quotidien. Cette situation se rencontre également lors de manifestations étudiantes

¹⁵⁶⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 22.

entraînant un arrêt temporaire du fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur. Souvent organisés en dehors de la légalité, ces blocages pourraient permettre aux pouvoirs publics d'identifier dans ces comportements des fautes de nature à justifier des sanctions administratives ou pénales. Mais lorsqu'il s'agit d'un mouvement d'ampleur, il n'est pas envisageable de punir tous les manifestants, ce qu'ils savent parfaitement. Les résultats seraient d'ailleurs contreproductifs, puisque cela conduirait à durcir encore davantage le mouvement d'opposition. C'est la raison pour laquelle le recours aux forces de l'ordre pour débloquent les sites n'est utilisé qu'en dernier recours. Enfin, l'exemple des multiples « zones à défendre » mises en place pour contester des projets d'équipement d'envergure nationale démontre que des projets peuvent aussi être empêchés sur de longues périodes ; ainsi en est-il allé pour les plus célèbres lors de la lutte contre l'extension d'un camp militaire dans le Larzac (1971-1981) et lors de la lutte contre l'aéroport à Notre-Dame-des-Landes (2009-2018) et dont la dissipation n'a été possible qu'après l'abandon du projet par les autorités publiques. S'il n'existe pas de chiffres officiels, on estime en 2018 qu'il y aurait une dizaine de ZAD existantes ou en devenir dans le cadre de la contestation contre des projets d'enfouissement de déchets nucléaires¹⁵⁶⁸, d'autoroutes, de lignes de chemin de fer, de création de de lignes à haute tension, de barrage, de fermes industrielles, de centres commerciaux, de Center Parcs. En la matière, la particularité réside dans la difficile identification préalable des forces d'oppositions au projet et une contestation souvent progressive. En l'absence de représentants réellement aptes à parler au nom de tous les opposants, il n'est pas possible d'intégrer en amont cette population de « zadistes », proche ou issue des milieux anarchistes. Elle n'est pas représentée par les structures associatives ou partisans de défense de l'environnement, qui constituent les seuls acteurs bien identifiables par l'administration. Ce sont souvent des collectifs *ad hoc*, organisés ou non en cadres associatifs, qui se constituent durant le processus d'élaboration du projet, montent en puissance jusqu'à être en mesure de contester un projet, parfois après l'arrêt du projet voire après l'adoption d'un projet. Lorsqu'il est réalisé par les forces de l'ordre, le déblocage des sites oblige les pouvoirs publics à déployer des moyens humains et matériels importants pour assurer une surveillance des sites tout au long des travaux et éviter une reformation de la ZAD.

En troisième et dernier lieu, l'administration peut craindre la contestation juridictionnelle de ses projets. Pour aboutir à une tentative d'apaisement des conflits et pour

¹⁵⁶⁸ Il faut ici citer le cas de la ZAD de Bure, dans la Meuse, dont le Gouvernement a procédé à une évacuation le 22 février 2018.

déminer le risque de recours contentieux, l'administration a ici encore tout intérêt à associer au préalable les divers acteurs susceptibles d'être affectés par la décision administrative. La participation apparaît ici comme une forme de modalité alternative au règlement des conflits. Cependant, là encore, la difficulté tient à l'identification de ces forces de contestation. Elle peut provenir d'acteurs institutionnalisés (comme les syndicats et les groupes d'intérêts) comme d'acteurs individualisés (des entreprises ou des particuliers éventuellement réunis en association de défense du cadre de vie). Même identifiées, il n'est de toujours possible d'associer l'ensemble des parties prenantes lorsque leur nombre est important. La difficulté peut également venir des positions jusqu'au-boutistes et rarement satisfaites des acteurs envisageant le contentieux, rendant difficile toute recherche d'acceptation de la décision projetée. Mais c'est justement au stade de la participation que se juge cette psychologie.

273. Afin de prévenir ces trois formes de contestation, malgré des limites qui viennent d'être évoquées, l'administration va parier sur la dimension cathartique de la participation. En laissant s'exprimer la contestation, l'administration se donne les moyens de la faire taire. Il s'agit pour elle de faire passer ses décisions « *en douceur* »¹⁵⁶⁹. Lorsqu'ils usent de leur faculté de s'opposer formellement à un projet, les opposants éventuels peuvent s'apaiser en estimant avoir pu dire ce qu'ils avaient à dire. Rien n'est plus préjudiciable pour l'administration qu'un citoyen estimant qu'il n'a pas pu s'exprimer, par défaut de mise en place d'un cadre d'échange ou par manque de considération pour ses revendications. Une forme de frustration peut s'installer dans son for intérieur et aboutir à une manifestation plus déterminée de son opposition par la contestation physique ou par le recours juridictionnel, par exemple en fédérant les diverses sources de contestation. La mise en œuvre de la participation « *traduit le souci d'introduire ce peuple dans un système intellectuel qui en désamorce la puissance explosive. En le traitant en partenaire on conjure les maléfices qui s'attachent aux relations d'autorité à obéissance* »¹⁵⁷⁰. C'est bien ce qu'est fondé à prévenir l'administration lorsqu'elle met en place un processus participatif obligatoire ou facultatif, qui s'analyse ainsi en outil de « *prévention des conflits* »¹⁵⁷¹. À cette fin, « *le procédé le plus simple et le plus riche de promesses consiste à construire la procédure d'édiction des actes administratifs en associant les intéressés et même*

¹⁵⁶⁹ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 52.

¹⁵⁷⁰ G. BURDEAU, « Processus décisionnel et décision politique (Plaidoyer pour l'irrationnel) », op. cit., p. 76.

¹⁵⁷¹ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », op. cit., p. 217.

la masse des administrés à l'élaboration de ses actes, en en faisant la procédure normale d'édiction »¹⁵⁷². C'est par l'officialisation d'un dialogue avec les parties prenantes que l'action de l'administration peut être consolidée¹⁵⁷³, même si la participation a un effet limité en pratique.

2) La portée limitée de l'intégration des forces d'opposition

274. Il ne faut bien sûr pas tomber dans l'angélisme. La participation n'est pas une panacée. Comme l'indique J.-C. Hélin, « aucune procédure participative ne permettra de surmonter la difficulté résultant d'oppositions radicalisées »¹⁵⁷⁴. Cette dimension cathartique n'a en réalité vocation à être véritablement efficace que vis-à-vis d'acteurs tolérants, ouverts au dialogue et même peut-être non enclins à aller à l'affrontement. La participation ne peut avoir une efficacité qu'avec des acteurs qui acceptent cette idée que le débat puisse permettre de résoudre des litiges et de légitimer des arbitrages. Elle ne déploiera pas toute son efficacité avec des acteurs prêts à tout pour défendre leurs positions, surtout s'ils sont directement concernés. Les mouvements de contestation autour de grands projets d'équipement n'ont à ce titre pas diminué depuis la mise en œuvre des procédés de participation. Dans ces hypothèses, le litige se poursuit souvent par l'opposition physique et par la voie juridictionnelle qui deviennent le terrain de jeu de cette « seconde manche ». L'exemple du conflit autour de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes illustre parfaitement cette situation. Après l'organisation du débat public en 2003 et de l'enquête publique en 2006, le projet n'a pas pu se réaliser à cause de « zone à défendre » entre 2009 et 2018, qui n'a pu être levée ni après une tentative d'apaisement avec la mise en place d'une instance de dialogue *ad hoc* fin 2012, ni par l'organisation d'une consultation locale en 2016 ayant conduit à un vote favorable des électeurs, ni même par l'annonce de l'abandon du projet en 2018. « Le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes est en réalité la cristallisation du conflit latent impliqué par les faiblesses juridiques des procédés de participation »¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷² *Idem.*

¹⁵⁷³ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 24

¹⁵⁷⁴ J.-C. HÉLIN, « La participation est-elle soluble dans la simplification ? », *AJDA*, 2015, n° 9, p. 833.

¹⁵⁷⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 699.

La nature du projet n'est pas sans influence sur la psychologie des acteurs. Dans de nombreuses hypothèses, l'échange avec les personnes concernées et l'explication du projet pourront suffire à surmonter les oppositions. Pour l'administration, la participation est un temps de pédagogie. « *Il ne s'agit plus seulement de commander et d'imposer, mais d'expliquer et de convaincre* »¹⁵⁷⁶. Cette démarche est d'autant plus nécessaire avec le développement de l'interventionnisme étatique, notamment dans le domaine économique et social, qui suppose une modification des moyens d'action de la puissance publique. « *Le commandement autoritaire étant inapte à modifier les comportements, (...) une recherche de l'adhésion permet en revanche d'orienter* » le comportement des acteurs¹⁵⁷⁷. J. Chevallier souligne le constat selon lequel, par la participation, « *les personnes privées ne se voient plus soumises à une réglementation qui leur est imposée de l'extérieur et qu'elles appliquent de plus ou moins bonne grâce, dans la crainte des sanctions dont elle est assortie ; associées à l'élaboration des décisions, elles reconnaissent au contraire, par le fait même, leur bien-fondé et acceptent de contribuer à la réalisation concrète des objectifs définies* »¹⁵⁷⁸. Mais il est aussi des projets qui par leur nature ne susciteront aucune adhésion. Comme l'indique O. Sachs, « *il existe des équipements dont personnes ne veut chez soi* »¹⁵⁷⁹, comme c'est le cas d'une centrale nucléaire ou d'une ligne électrique. Il serait alors vain d'espérer de la participation « *un assentiment unanime traduisant l'étroite communion de pensée de France sur la signification et les exigences de l'intérêt général* »¹⁵⁸⁰. Ce faisant, « *la discussion et l'échange peuvent polariser les débats et opinions, dans un sens comme dans l'autre* »¹⁵⁸¹, au « *risque ainsi de s'enliser dans l'opposition stérile des points de vue antagonistes* »¹⁵⁸².

275. Malgré cette efficacité toute relative, l'administration ne peut aujourd'hui plus socialement agir sans mise en place d'un processus participatif. Dans une conception revisitée de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique, il ne paraît aujourd'hui plus possible aux yeux des parties prenantes et des acteurs concernés par un projet de décision, de ne pas mettre en place un processus participatif préalable, sauf à amplifier le risque d'une

¹⁵⁷⁶ Ch. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif général*, Economica, 11^e édition, 2014, p. 57.

¹⁵⁷⁷ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 435.

¹⁵⁷⁸ J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁷⁹ O. SACHS, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁸⁰ *Idem.*

¹⁵⁸¹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 698.

¹⁵⁸² J. CHEVALLIER, « La démocratie délibérative : mythe et réalité », in *Mélanges en l'honneur de Lucien Sfez*, PUF, 2006, p. 84.

situation de blocage. Ainsi, l'absence de mise en place d'un processus participatif ne permet certes pas de prévenir toutes les situations de blocage, mais elle a en plus tendance au contraire à les provoquer. « *Oublier la participation de ceux à qui le droit est destiné conduit à l'échec et au désordre social* »¹⁵⁸³. Dans de nombreux cas, la participation serait devenue un passage obligé, une figure imposée de la chorégraphie décisionnelle. À défaut d'être organisée juridiquement, l'association des partenaires sociaux, dans le cadre du « dialogue social »¹⁵⁸⁴, ou des représentants des professions réglementées ou agricoles, s'impose *de facto* aussi bien en matière législative qu'en matière réglementaire. La position dont bénéficient les grandes organisations syndicales représentatives des employeurs et des employés ne peut être négligée, sauf à risquer à coup sûr des situations de blocage. Lors des grands mouvements sociaux, il n'est pas rare d'entendre les représentants syndicaux justifier la grève par une contestation de l'absence de concertation préalable et de la volonté de passage en force dont peut faire preuve le Gouvernement. Parallèlement, en matière environnementale, le développement constant des procédures de participation du public pour répondre à des mouvements de contestation a produit un effet cliquet, de sorte qu'il ne semble plus aujourd'hui possible de faire marche-arrière, sauf à donner de nouveaux arguments en faveur des opposants aux projets. Cette situation caractérise également l'habitant qui, certes on l'a vu, n'est pas très enclin à participer à la vie locale, mais qui reproche facilement à l'autorité locale de ne pas l'avoir consulté. C'est ce qui caractérise cette démocratie à la carte que nous avons préalablement esquissée¹⁵⁸⁵. Le citoyen n'aspire pas à l'exercice quotidien de la démocratie participative, mais souhaite pouvoir se faire entendre au cas par cas lorsque ses intérêts sont affectés. L'administration est invitée à organiser l'échange avec ce citoyen qui revendique un droit subjectif de participer pour défendre ses intérêts.

Pour répondre à cette aspiration sociale à pouvoir se faire préalablement entendre lorsque le citoyen est concerné ou se sent concerné, l'administration peut alors recourir à différents niveaux d'intensité participative.

B – Les différents niveaux d'intensité permis par les techniques participatives

¹⁵⁸³ E. LE CORNEC, « L'aménagement en attente d'une démocratie de participation », *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁸⁵ Voir *supra*, n° 234.

276. L'administration n'a pas toujours besoin de recourir à un processus participatif. Une simple information postérieure à la prise de décision, expliquant les raisons qui ont poussé l'administration à agir, peut tout à fait suffire dans de nombreuses hypothèses. Divers instruments du droit français reposent sur cette logique explicative, notamment l'exigence de motivation des décisions administratives individuelles défavorables ou dérogoires ou encore celle de la communication des documents administratifs. Dans ces deux cas, « *le dispositif a essentiellement vocation à permettre à l'intéressé de constater les justifications d'une décision déjà intervenue* »¹⁵⁸⁶. Cependant, en n'intégrant pas les différentes parties prenantes au processus décisionnel, l'administration ne se donne dans cette hypothèse pas les moyens de désamorcer en amont un risque de blocage potentiel pouvant nuire à l'exécution de la mesure. Pour ce faire, l'administration peut avoir recours à différents niveaux de participation, permettant d'associer plus ou moins intensément les parties prenantes ou plus largement les citoyens¹⁵⁸⁷, selon qu'elle organise une consultation (1), une concertation (2) ou une négociation (3).

1) *La consultation*

277. Le premier stade permettant d'intégrer les participants, et parmi eux les éventuelles forces d'opposition, consiste pour l'administration à avoir recours à la consultation. Elle se définit comme une demande d'avis, sollicitée par le décideur, auprès d'un organe, d'une personne ou du public sur un projet de décision arrêté. Sauf à ce qu'un organe dispose d'un pouvoir de codécision, la consultation ne lie juridiquement pas l'autorité administrative, qui peut tout à fait passer outre le point de vue exprimé par le consulté. Dès lors, rien ne garantit au citoyen consulté de voir sa position prise en compte par l'administration. Ce premier stade peut la plupart du temps suffire en ce qu'il permet de préparer à la prise d'une décision les interlocuteurs susceptibles de la contester juridictionnellement ou physiquement. Ainsi, « *tout en recueillant les points de vue exprimés et en infléchissant, le cas échéant, ses propositions,*

¹⁵⁸⁶ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁵⁸⁷ On ne reprendra pas ici intégralement la classification proposée par le Conseil d'État dans son rapport public 2011. L'information constitue certes « *le niveau élémentaire du processus d'association au mécanisme de prise de décision* », mais il constitue surtout « *un préalable indispensable* » à tous les processus participatif. L'information est un élément du régime de la participation, cela n'en est donc pas une sous-catégorie. Voir CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 26.

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 »¹⁵⁸⁸. Les outils alors employés sont l'information préalable, la conviction, l'explication et la motivation. Il s'agit d'obtenir, à défaut d'un consentement, la compréhension de la position de l'administration par le citoyen consulté. Comme l'évoque le Conseil d'État, « *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* »¹⁵⁸⁹. Parallèlement, en montrant une capacité d'écoute et de dialogue, l'administration est à même de garantir une meilleure efficacité de son action. En suscitant la participation et en informant sur ses intentions, l'administration s'offre un moyen de tempérer la contestation en lui offrant un cadre d'expression. C'est en cela que l'administration compte sur la dimension cathartique de la participation, en permettant au citoyen de s'apaiser après avoir exprimé ses remontrances. En outre, grâce à cette participation « *coup de sonde* »¹⁵⁹⁰, l'administration est en mesure de vérifier l'acceptabilité sociale de son projet. Selon le degré d'opposition qu'elle rencontre, elle est à même de prendre ou non sa décision, éventuellement après l'avoir amendée pour prendre en compte les remarques formulées. La consultation révèle ainsi une démarche descendante d'une administration allant soumettre aux acteurs consultés un projet d'ores-et-déjà arrêté dans ces éléments essentiels. Mais la limite tient ici justement dans ce caractère tardif de la consultation qui ne permet pas véritablement aux acteurs consultés d'être associés à la construction du projet qui leur est soumis. La consultation vise au mieux l'amélioration d'un projet, mais pas sa construction progressive. La consultation ne permet pas de modifier l'équilibre général d'un projet, simplement de le modifier à la marge¹⁵⁹¹. Ce constat peut justifier une remise en cause de l'intérêt même du processus par les acteurs consultés, qui peuvent n'y voir qu'une consultation de façade lorsque leurs positions n'ont pas été prises en compte.

2) *La concertation*

¹⁵⁸⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 21-22.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 21-22.

¹⁵⁹¹ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 45.

278. Une intégration plus poussée des participants peut être trouvée par le recours à la technique de la concertation. Cette notion « *ambiguë* »¹⁵⁹² consiste à associer le citoyen plus à l'amont du processus décisionnel, lorsque toutes les options sont encore envisageables. Contrairement à la consultation, la concertation ne se limite pas à une mise en débat d'un projet d'ores-et-déjà arrêté par l'administration. Elle consiste justement à organiser la participation avant l'arrêt d'un projet dont les caractéristiques essentielles seraient déterminées. L'esprit de la concertation vise à l'élaboration conjointe de ce même projet, même si l'administration reste là encore juridiquement libre de prendre ou non en considération les points de vue exprimés. Il ne s'agit alors plus de vérifier l'acceptabilité sociale d'une mesure, mais de construire une solution qui doit aboutir à l'arrêt un projet pouvant être raisonnablement accepté. La concertation donne aux participants « *la possibilité d'influer sur sa conception, et donc de peser sur son aboutissement* »¹⁵⁹³. Dans l'idéal, les discussions doivent tendre à un résultat sinon commun, au moins assimilable au consensus. La concertation n'empêche bien entendu pas l'administration de choisir en définitive une position qui ne suscitera pas le consensus dans les faits, mais elle s'est volontairement mise en situation de l'obtenir. L'organisation d'une procédure de concertation mise « *sur une transformation possible des rapports administration-administrés* »¹⁵⁹⁴, de sorte que ce qui peut apparaître comme un terrain de contestation puisse devenir un espace de consensus. La concertation s'oppose ainsi à la consultation par l'intention psychologique émise par l'administration. Dans la logique des choses, lors d'une concertation, l'administration ne peut pas être tentée d'imposer un projet préconçu. Ce qu'elle cherche, au contraire, c'est la fabrication d'une solution en tenant compte des points de vue exprimés par les participants, qui sont eux-mêmes invités à se prononcer en partant des enjeux qui nécessitent une prise de décision par l'administration. Le Conseil d'État résume bien ce que représente la concertation. Pour lui, cette notion « *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* »¹⁵⁹⁵. Pour y parvenir, la concertation implique un processus qui se prolonge dans le temps ; elle introduit « *une dimension de long terme* »¹⁵⁹⁶, puisque c'est toute la phase d'élaboration du projet qui est

¹⁵⁹² CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁹³ J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », op. cit., p. 46.

¹⁵⁹⁴ J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », *AJDA*, septembre 1986, p. 490.

¹⁵⁹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁹⁶ *Idem*.

concernée. Alors que la consultation n'a vocation à durer que dans un temps court, la concertation ne peut réellement se manifester que par l'organisation de plusieurs réunions de travail successives qui induisent cette démarche de coconstruction. Le processus commence en principe par un partage des enjeux sur la base d'un diagnostic de la situation présente, sur lesquels les participants sont invités à s'exprimer ouvertement. Ce n'est qu'après ce travail préalable que l'administration peut ouvrir une phase de travail consistant à la formulation de propositions visant à répondre à ces enjeux par l'ensemble des participants, administration comprise. Ces deux premières phases ne sont pas toujours si nettement distinguées dans la pratique. Les réunions dites de concertation avec le public, notamment celles requises au titre du code de l'urbanisme pour les projets de schémas de cohérence territoriale, de plans locaux d'urbanisme ou de projets d'aménagement urbain, réunissent assez souvent ces deux aspects en se déroulant en deux temps : un premier temps de dévoilement du cadre général ; un second temps de travail thématique sur la base de questions ouvertes. Sur la base de la synthèse des propositions recueillies, l'administration amorce alors son travail de formalisation d'un projet abouti, éventuellement avec des scénarios alternatifs, qui est de nouveau soumis à l'avis des participants avant la prise de décision définitive. Ainsi conçue, la concertation comprend nécessairement une phase de coconstruction et une phase de consultation. Et c'est seulement ainsi, pour reprendre la formulation retenue par l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme, que peut apparaître « *une concertation associant, pendant toute la durée de l'élaboration du projet* », les citoyens. De son côté, la Charte de la concertation du ministère de l'environnement de 1996 envisageait également ces trois phases dans son article 6 : « *la concertation s'organise autour de temps forts* », mais celles-ci étaient formulées différemment : « *1^{ère} phase : examen de l'opportunité du projet* » ; « *2^{ème} phase : définition du projet* » ; « *3^{ème} phase : réalisation du projet* ». Dans notre définition proposée de la concertation à la prise de décision, il ne s'agit pas de s'intéresser à cette troisième phase relative à la réalisation effective du projet, puisqu'elle intervient après la prise de décision. Dans le cadre de la nouvelle charte de la participation du public réalisée en 2016, le ministère de l'environnement n'a pas fait le choix de renouveler ces précisions sur les modalités de la concertation. Son article 1^{er} annonce simplement que « *la participation du public intervient suffisamment en amont et tout au long de l'élaboration d'un projet* ».

3) La négociation

279. Le dernier niveau, permettant d'inclure les oppositions éventuelles par la participation, est la négociation¹⁵⁹⁷. Alors que dans le cadre de la concertation, l'administration est à la recherche de points de « *consensus* »¹⁵⁹⁸, elle est ici à la recherche du « *compromis* »¹⁵⁹⁹. Lors d'une négociation, l'administration ne se contente plus d'instruire son dossier en recueillant des données objectives ou subjectives nécessaires à l'édition d'un projet de décision les prenant en compte. La négociation se caractérise par la volonté de l'administration de reconnaître et de dépasser l'existence d'un clivage entre l'intérêt public porté par l'administration et les intérêts particuliers portés par la société civile. Comme le précise le Conseil d'État, « *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* »¹⁶⁰⁰. La négociation apparaît comme adaptée à la présence d'intérêts opposés au sein desquels il faut trouver un équilibre. Sans pour autant tomber dans le phénomène de la contractualisation, l'administration emploie des instruments juridiquement unilatéraux en liant son action à la recherche du consentement, pas nécessairement formalisé, de ses interlocuteurs. La négociation ne débouche pas toujours sur un accord unanime, un compromis satisfaisant, mais, par ce dispositif, l'administration s'en donne là encore les moyens. Et, à défaut de compromis possible, la négociation permet de justifier l'arbitrage effectué par l'administration. Chaque partie ayant été invitée à défendre ses intérêts, l'administration peut légitimement les arbitrer en retenant la décision qu'elle juge la plus adaptée. Cette particularité justifie que la négociation se limite aux destinataires de la mesure ou à ceux qui sont chargés de l'appliquer. Cette hypothèse est illustrée le plus souvent dans le domaine économique et social. L'ensemble des grandes réformes législatives et réglementaires en matière de droit du travail, d'assurance sociale et de retraite ont été adoptées à la suite d'un mouvement d'association des grandes centrales syndicales représentatives des employeurs et

¹⁵⁹⁷ Il faut ici faire attention à ne pas assimiler ce concept de négociation à ce que la doctrine a coutume d'appeler les « actes administratifs unilatéraux négociés », qui ne constituent pas en soi un modèle de participation à la prise de décision en matière économique et social. En effet, les actes administratifs unilatéraux négociés sont le résultat non d'un processus d'association à la prise de décision mené par l'administration, mais de l'élargissement de la portée d'un accord collectif signé entre différentes centrales syndicales. Si le contenu est ici « négocié » au sein de la société civile, il ne traduit donc pas un dialogue entre cette dernière et l'administration.

¹⁵⁹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 28.

¹⁵⁹⁹ *Idem.*

¹⁶⁰⁰ *Idem.*

des employés en vue d'obtenir le consentement d'un nombre significatif d'entre-elles, ce qui reste une hypothèse se réalisant rarement. Mais, parce que le compromis peut dissimuler une compromission, cette logique de négociation est parfois critiquée. Pour reprendre les propos d'O. Sachs, « *au demeurant, à supposer le compromis possible, il est loin d'être démontré que l'intérêt général y trouve son compte : si le dialogue entre l'Administration et les administrés est plus que souhaitable en ce qu'il participe de la démocratie, il serait irréaliste d'attendre que s'en dégage nécessairement, par un sorte de vertu consubstantielle, une plus-value quant au contenu de la décision finale. Les exemples abondent, hélas, où le compromis invoqué dissimule en fait la compromission* »¹⁶⁰¹.

280. Ces distinctions représentent des schémas types, qu'il n'est pas toujours possible de bien distinguer dans la pratique. Tout dépend généralement de l'intention manifestée par l'administration d'associer plus ou moins intensément ses interlocuteurs en vue de déminer un risque de blocage. En la matière, il faut se garder de toute homonymie. Les différentes techniques d'association du citoyen ici présentées en vue de permettre, sinon un accord, au moins la levée d'une opposition, doivent bien être comprises uniquement comme des intentions administratives. Il ne faut en effet pas les confondre avec les mécanismes juridiques qui peuvent parfois porter un nom identique. Une procédure de consultation peut tout à fait impliquer un souhait de l'administration de prendre en compte toutes les remarques émises pour coconstruire sa décision même sur la base d'un document de travail bien avancé, se rapprochant ainsi de l'esprit d'un concertation. Une procédure de concertation ou de débat public en matière environnementale, si elle se déroule juridiquement à l'amont de l'arrêt d'un projet de décision, peut tout aussi bien conduire à la recherche d'un compromis ou d'un consensus avec le public participant, que se limiter à une simple information préalable, même prolongée dans le temps, sans volonté d'écoute. La participation au sein d'un organe collégial décisionnel peut aussi bien permettre une réelle association à la prise de décision que se limiter à un vote formel dans une chambre d'enregistrement. Il faut également avoir en tête que l'administration et le citoyen peuvent également utiliser ces notions sans en rechercher le sens exact, de sorte que dans le langage courant une consultation, une concertation ou une négociation peuvent tout à fait être employées tout simplement pour caractériser la mise en place d'un processus participatif quel qu'en soit la véritable nature juridique. Ces homonymies sont d'ailleurs souvent exploitées par

¹⁶⁰¹ O. SACHS, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, op. cit., p. 54.

l'administration, lorsqu'elle souhaite légitimer son action en s'adressant cette fois-ci à l'opinion publique.

§ 2 – Participation et conquête de l'opinion publique

281. En usant des instruments participatifs, l'administration ne se contente pas de s'adresser aux forces d'opposition. Elle cible plus largement l'opinion publique, que les pouvoirs publics ont toujours cherché à convaincre pour légitimer leur action. Le recours à la participation apparaît ici comme un moyen permettant de convaincre l'opinion publique de la légitimité des choix opérés par l'administration, puisqu'il permet aux parties prenantes et aux citoyens concernés d'être associés, de faire entendre leur voix durant le processus décisionnel. Mais, alors que la participation traduit une conception moderne de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique reposant sur l'implication de la société civile, elle peut paradoxalement aussi servir leur conception classique, qui n'a clairement pas disparu. En effet, la mise en œuvre de la participation citoyenne est de nature à renforcer le monopole dont dispose l'administration pour déterminer l'intérêt général, en contradiction avec l'esprit même de l'association du citoyen à la prise de décision (A). Seul l'outil référendaire peut impliquer un risque pour l'administration (B), ce qui contribue à son faible recours.

A – Une participation pouvant servir la conception classique de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique

282. Pour comprendre ce phénomène par lequel l'administration est en mesure de renforcer son monopole dans la définition de l'intérêt général, il faut revenir brièvement sur ce qu'a représenté le développement des instruments participatifs dans l'évolution de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique. Pour s'assurer du consentement des citoyens à être gouvernés, la puissance publique a toujours eu besoin d'avoir recours à une « *idéologie légitimante* »¹⁶⁰². Le sociologue M. Weber avait déterminé trois types de légitimité : la

¹⁶⁰² J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *op. cit.*, p. 325.

« *domination charismatique* », la « *domination traditionnelle* » et la « *domination rationnelle* »¹⁶⁰³. C'est sur cette dernière que repose aujourd'hui tout l'édifice de notre appareil administratif. La légitimité des décisions prises repose concrètement sur trois éléments que nous avons déjà pu évoquer. En premier lieu, elle repose sur l'État de droit. La décision est d'abord légitime parce qu'elle est légale, c'est-à-dire qu'elle respecte les normes supérieures et qu'elle peut être soumise au contrôle juridictionnel. En deuxième lieu, la légitimité repose sur l'État démocratique. La décision est ici légitime parce qu'elle est prise par des représentants élus ou parce que l'agent administratif exécute des décisions prises par des représentants élus. Compte tenu du développement de son pouvoir normatif propre, l'administration a cherché à se renforcer par un troisième élément de légitimation, il s'agit de l'idéologie de l'intérêt général. Ainsi, l'action de l'administration, et plus largement de la puissance publique, est nécessaire car elle est seule capable de déterminer l'intérêt général, de dépasser les clivages inhérents à la société civile. Pour résumer, en reprenant les propos de J. Chevallier, « *c'est parce que l'intérêt collectif l'exige que les citoyens acceptent de se soumettre au pouvoir des gouvernants. Une société ne saurait en effet subsister sans un système de régulation et de sanction ; l'autorité est indispensable à la vie des sociétés humaines. L'intérêt général est donc le principe de légitimation du pouvoir politique et le fondement de l'obéissance des gouvernés. Cet élément rationnel est confirmé par le fait qu'on n'obéit plus aux gouvernants en tant que personnes, mais en tant que détenteurs de l'autorité nécessaire ; cette autorité, ils la détiennent sur la base de règles juridiques précises : elle est fondée sur un statut juridique, ce n'est plus un pouvoir souverain mais une compétence limitée* »¹⁶⁰⁴. Dans une société apaisée, reposant sur une communauté de valeurs partagées, et parmi elles le respect de l'autorité, une conception classique de l'intérêt général et de la légitimité démocratique a pu suffire. Dans le cadre de ce modèle classique, l'administration a pu bénéficier d'un monopole dans la définition d'un intérêt général transcendant les intérêts particuliers. Il n'était alors nul besoin d'associer la société civile à sa définition. Dès lors, l'administration a pu manier un discours essentiellement articulé autour de cette conception de l'intérêt général. C'est parce qu'elles sont d'intérêt général, que les décisions prises sont forcément légitimes. Il n'est pas rare d'entendre un représentant élu se référer à l'intérêt général pour légitimer son action, sans spécialement s'attacher à démontrer en quoi les solutions retenues vont dans ce sens. Ce discours a une dimension autosuffisante.

¹⁶⁰³ M. WEBER, *Le savant et le politique*, Plon, 1959.

¹⁶⁰⁴ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *op. cit.*, p. 326.

En opposant l'intérêt général aux intérêts particuliers, l'administration souhaite rendre incontestable ses choix aux yeux tant de ses opposants et que de l'opinion publique.

Nous avons vu que ce modèle classique a été concurrencé, spécialement depuis les années 1960-1970, par la promotion d'une nouvelle conception de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique issue de la société civile elle-même. Aujourd'hui, dans une société où les projets portés par l'administration sont de plus en plus contestés par les particuliers et les groupes d'intérêts, qui estiment eux aussi être porteurs de l'intérêt général, et où l'opinion publique est plus sceptique vis-à-vis de l'action des pouvoirs publics, ce recours à l'intérêt général dans le discours a un moindre impact. L'opinion publique ne se reconnaît plus dans ce versant classique qui fait fi des intérêts particuliers. Au contraire, dans une société atomisée, l'opinion publique tient pour légitime la défense des intérêts particuliers, qu'ils soient individuels ou collectifs. Elle se reconnaît désormais dans le versant moderne de l'idéologie de l'intérêt général et de la légitimité démocratique, où la participation des citoyens permet justement de promouvoir ou de défendre ces intérêts particuliers, et plus largement permet à chacun de participer de façon constructive à l'élaboration des décisions publiques. Pour agir de façon légitime, et donc pour convaincre l'opinion publique du bien-fondé de son action, l'administration est aujourd'hui invitée à multiplier les processus participatifs. Il en ressort que la participation citoyenne serait devenue la quatrième composante de cette idéologie légitimante. C'est d'une certaine façon ce que reconnaissent les pouvoirs publics lorsque sont mis en place des instruments de participation du citoyen à la décision administrative.

283. Or, ce serait se voiler la face que de penser que l'organisation d'un processus participatif par l'administration impliquerait une acceptation de sa part de la remise en cause de son monopole dans la prise de décision, d'autant plus que la participation lui est souvent imposée par le législateur ou le constituant. Il va s'en dire que la pratique de la participation citoyenne permet de répondre formellement à une demande sociale de meilleure implication dans le processus décisionnel. Toutefois, il faut se garder, sur le fond, de tout optimisme sur le souhait administratif d'écouter les points de vue exprimés par les citoyens avant la prise d'une décision. Dans une certaine mesure, *« la participation, quels que soient ses objectifs affichés, a moins vocation à permettre un partage du pouvoir de décision qu'à renforcer, in fine, le monopole classique des autorités publiques sur la détermination du sens de l'intérêt général, via des*

décisions unilatérales »¹⁶⁰⁵. La participation peut tout à fait constituer pour l'administration un simple instrument de sa stratégie consistant à légitimer son action vis-à-vis de l'opinion publique. En répondant formellement à la demande de participation, défensive ou constructive, l'administration peut sur le fond ne pas souhaiter s'ouvrir sur les points de vue des citoyens. L'administration cherche alors à légitimer son action, non parce qu'elle prend en compte les positions de chacun, qu'elle les concilie ou qu'elle les arbitre, mais simplement parce qu'elle met en place un mécanisme participatif. Cette administration est incitée à valoriser dans son discours auprès de l'opinion publique la mise en place de ce processus participatif. Elle joue alors sur les ambiguïtés d'une notion dont la société civile voit une valeur positive et qui, partant, peut se laisser abuser par la stratégie d'une administration non sincère¹⁶⁰⁶. Plutôt que de prendre en compte les points de vue qui lui ont été adressés, l'administration a alors tendance à approfondir par le discours le mode de légitimation de ses décisions. La conquête de la légitimité d'une décision passe par un nouveau lexique qui substitue la promotion de la participation citoyenne à la promotion de l'intérêt général, ou du moins la complète. Pour valoriser leurs pratiques participatives, les administrateurs font désormais l'éloge de la « concertation », de la « négociation », du « dialogue social » ou encore de la « démocratie participative ». Ces termes génériques sont souvent employés sans réelle rigueur, l'un pouvant servir à qualifier l'autre. Cette promotion de la participation, présumant le caractère démocratique à la décision, sert alors à convaincre l'opinion publique du bien fondé de ses projets. Comme l'énonce Ch. Testard, « *la fonction essentielle de l'utilisation discursive de la démocratie est ainsi une fonction de légitimation* »¹⁶⁰⁷. « *Cette évocation, qui tourne parfois à l'invocation – pour ne pas dire l'incantation – est la promesse de la poursuite d'un idéal, au service du citoyen et de ses droits. On retrouve ici toutes les significations dont est chargée la démocratie* »¹⁶⁰⁸.

Dans une société, où il peut être parfois difficile de savoir ce qui est bon ou juste, il semble que la forme induise le fond. En l'absence de certitude, la conception procédurale de la démocratie induirait implicitement le respect de la conception substantielle de la démocratie¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁵ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁶⁰⁶ Il faut bien préciser qu'il s'agit d'un modèle type d'intention psychologique de l'administration. Il existe bien entendu de nombreux administrateurs, principalement à l'échelle des communes, qui sont tout à fait convaincus que les citoyens doivent pouvoir participer démocratiquement à la définition de l'intérêt général. Il faut tout de même reconnaître que les administrations sont peu nombreuses à penser que l'intérêt général se définit à partir des intérêts particuliers.

¹⁶⁰⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative, op. cit.*, p. 140.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 141.

¹⁶⁰⁹ Voir *supra*, n° 207.

Un projet serait ainsi nécessairement bon, parce qu'il aurait été soumis à la participation du citoyen. Le Conseil d'État estime à juste titre que « *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" »*¹⁶¹⁰. Si cette légitimité procédurale est valable pour une procédure de consultation, elle l'est encore davantage pour l'utilisation des méthodes plus approfondies que sont la concertation, la négociation et la cogestion. On le voit, parce qu'elle est synonyme d'écoute des citoyens, et donc de leurs intérêts particuliers, la participation semble répondre à la demande sociale d'une mise en place du versant moderne de l'idéologie de l'intérêt général. « *Le fait d'offrir (ou d'affirmer la possibilité que soient offertes) des formes de participation aux citoyens permettrait de désamorcer la contestation des décisions (...), donnant l'impression aux citoyens que leur voix (...) est entendue »*¹⁶¹¹. Mais, faisant semblant d'y répondre, il reste toujours loisible à l'administration de maintenir un rôle social à l'abri des intérêts particuliers, s'inscrivant substantiellement dans le versant classique de l'idéologie de l'intérêt général. Ecouter n'engage à rien.

284. Ce faisant, l'administration se donne parallèlement les moyens de minorer la contestation de ses projets en indiquant qu'un processus participatif a été mis en place pour permettre justement cette expression. Ainsi conçue, la participation peut alors desservir les citoyens participants. En effet, alors que la participation du citoyen peut être un bon moyen pour ce dernier de contester un projet administratif, cette même participation viendra au contraire le justifier vis-à-vis de l'opinion publique. On parle alors de participation « *alibi* »¹⁶¹². Il y a ainsi une forme de distorsion, puisqu'en permettant la contestation d'un projet, la participation du citoyen fait le jeu de l'administration. Ceci s'explique du fait que, si le citoyen participant s'adresse à l'administration, cette dernière s'emploie elle à convaincre l'opinion publique, majoritairement non participante. C'est parce que toutes les parties prenantes ont pu s'exprimer que la décision est nécessairement la bonne, même si l'administration n'a pas pris en compte les points de vue exprimés. Pour arriver à ses fins, l'administration profite de la représentativité de ses interlocuteurs et du caractère non contraignant de la participation. Pour G. Éveillard, « *l'absence de portée réelle des procédures de participation du public sur le*

¹⁶¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 24.

¹⁶¹¹ G. DUMONT, « La participation des citoyens au service des élus », op. cit., p. 321-332.

¹⁶¹² Voir notamment G. DUMONT, « La participation des citoyens au service des élus », op. cit., p. 331-332 ; E. LE CORNEC, « L'aménagement en attente d'une démocratie de participation », op. cit., p. 37

processus décisionnel montre bien que la démocratie administrative a plutôt vocation à conforter la décision prise par l'administration, par des procédés suffisamment souples pour que la désapprobation populaire n'apparaisse pas suffisamment représentative pour délégitimer la décision administrative »¹⁶¹³. Dans ce cadre, le citoyen aurait tout intérêt à ne pas participer à ce simulacre de démocratie administrative. Mais il ne peut pas connaître en amont l'intention de l'administration. Et s'il ne participe pas, l'administration ne pourra pas non plus à aller dans son sens. Le citoyen est en quelque sorte prisonnier entre la volonté de défendre son point de vue et la caution qu'il peut donner à processus participatif non sincère¹⁶¹⁴. Mais, il est toutefois une hypothèse où cette recherche de légitimation de la décision par la participation est à double tranchant pour l'administration, il s'agit des instruments référendaires, qui donnent au citoyen un plus grand pouvoir d'influence.

B – Le risque du recours au processus référendaire

285. À première vue, qu'ils soient consultatifs ou décisionnels, les processus référendaires présentent un fort aspect démocratique qui laisse à penser que les élus s'en remettent aux électeurs pour la prise d'une décision. Or, des aspects plus stratégiques peuvent aussi guider les acteurs locaux. Contrairement aux autres instruments participatifs, le référendum n'a jamais pour objectif d'intégrer des forces d'opposition en vue d'obtenir leur accord. Les logiques de concertation et de négociation sont par nature étrangère à cet instrument, qui ne permet pas de discussion en dehors du cadre de la propagande électorale. Du point de vue de l'administration, la mise en œuvre du référendum s'inscrit uniquement dans une recherche d'efficacité sous l'angle de la légitimation de l'action administrative vis-à-vis de l'opinion publique.

L'instrument référendaire constitue un formidable moyen pour légitimer un projet de décision d'ores-et-déjà arrêté par l'administration¹⁶¹⁵. L'obtention d'un vote positif rend en principe incontestable la décision prise, levant ainsi toutes les oppositions et lui assure une exécution facilitée. C'est dans ce sens qu'avait été imaginé le référendum préalable aux fusions

¹⁶¹³ G. ÉVEILLARD, « La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 85-109.

¹⁶¹⁴ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶¹⁵ Y. JÉGOUZO, « La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République », *op. cit.*, p. 170.

de commune, dans le cadre de la loi du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes¹⁶¹⁶, aujourd'hui applicable à la création des communes nouvelles¹⁶¹⁷. En effet, le référendum offre un moyen pour le préfet et pour la majorité qualifiée des communes souhaitant fusionner de passer outre le refus des élus des communes récalcitrantes¹⁶¹⁸. Pour J. Viguier, « *il apparaît plutôt comme un moyen de relancer une procédure qui s'enlise à cause d'un désaccord au sein des communes susceptibles de participer à cette nouvelle collectivité* »¹⁶¹⁹, de sorte que « *la consultation (...) a pour but d'imposer la fusion à des communes réticentes* »¹⁶²⁰. Aujourd'hui, ce schéma est un peu dépassé. La création des communes nouvelles répond davantage à une démarche volontariste des communes en vue de conserver le montant de leurs dotations étatiques, en témoignent les derniers exemples en date¹⁶²¹. Cette faculté de passer outre des oppositions locales reste cependant d'actualité pour les référendums consultatifs et décisionnels pour des décisions relevant de la compétence des collectivités locales. En usant de l'instrument référendaire, les élus locaux sont à même de passer outre l'opposition d'associations ou d'habitants vis-à-vis de décisions ayant un impact financier important ou ayant des conséquences sur le cadre de vie des habitants. Pour reprendre les propos de N. Belloubet-Frier, il n'est « *nul besoin d'insister sur la force d'un vote des habitants d'une collectivité et sur sa portée, à la fois mode d'élaboration d'un consensus, méthode d'acceptation par une majorité "éclairée" de certaines décisions populaires ou impopulaires, ou mouvement d'adhésion des citoyens à une idée positive ou négative dégagée lors d'un débat public largement enrichi (...), le référendum donne toute sa noblesse à l'exécution des tâches communales et à la gestion des affaires locales : n'est-il pas essentiel qu'un maire soit ainsi chargé de l'exécution d'un plan d'occupation des sols approuvé par la population ? (...)* »¹⁶²². C'est par une plus large ouverture de l'information et du débat, en principe limités à l'enceinte des assemblées délibérantes et aux corps constitués, que va pouvoir s'élaborer « *un consensus*

¹⁶¹⁶ Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de commune, *JO*, 18 juillet 1971, p.7091.

¹⁶¹⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JO*, 17 décembre 2010, p. 22146 (article 21).

¹⁶¹⁸ Article L. 2113-2 du code général des collectivités territoriales.

¹⁶¹⁹ J. VIGUIER, « De la mauvaise utilisation du terme "référendum" au plan local (La différence de logique entre référendum national et consultation locale) », *LPA*, 25 février 1998, p. 14.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶²¹ Au 1^{er} janvier 2018, suite aux multiples procédures de fusions, la France compte 35 357 communes. Aujourd'hui, la stratégie de l'État vise surtout à se placer au niveau intercommunal en imposant des schémas de la coopération intercommunale plus contraignants. Désormais, un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre doit comporter au minimum 15 000 habitants, sauf adaptations locales. Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JO*, n° 0182, 8 août 2015, p. 13705 (article 33).

¹⁶²² N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 176.

*et une adhésion à la prise de décision locale »*¹⁶²³. Cette dimension de légitimation du projet est d'autant plus forte que « *la question est importante et délicate »*¹⁶²⁴. Cette dimension de légitimation de la décision avait également mise en avant lors de l'annonce, par le Président de la République François Hollande le 11 février 2016, de l'organisation d'un référendum sur le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes. Un double objectif était affiché. Outre l'idée que l'État faisait le choix de s'en remettre au peuple, avec l'engagement pris de respecter le choix du corps électoral, était invoqué l'objectif de légitimation du projet pour lever les obstacles à son exécution. C'est d'ailleurs à cet égard que les opposants au projet contestant le principe même de la consultation, compte tenu du risque d'instrumentalisation qui pouvait en être faite par le gouvernement.

Il faut ici relever un autre apport des processus référendaires en termes de légitimité, non plus pour la prise d'une décision, mais pour l'auteur même de la question. Pour A. Guest, « *les élus ont beaucoup à gagner de l'utilisation de ces dispositifs, dans la mesure où ils peuvent espérer acquérir une forme de légitimité nouvelle. Il leur revient cependant de formuler des propositions concrètes, motivantes pour la vie locale et accessibles à tous ; en cas de réponse positive, un mouvement de confiance et de responsabilisation se dessinera en leur faveur »*¹⁶²⁵. Ce que l'on appelle la dérive plébiscitaire, à l'instar de la pratique gaulienne des référendums nationaux, peut tout à fait agir au plan local. Les élus locaux peuvent être tentés de se légitimer, ou de se relégitimer, en ayant recours au référendum pour lesquels un vote positif est vraisemblablement facile à obtenir. Il a même été recensé des hypothèses dans lesquelles des maires menaçant de démission en cas de vote négatif¹⁶²⁶, notamment à Grenoble¹⁶²⁷. Pour J.-L. Péreau, ce second intérêt des référendums en termes de légitimité a lieu dans le cadre de deux schémas opposés : « *le premier est d'apporter un surcroît de légitimité, de créer un effet multiplicateur. Le maire sentant sa légitimité remise en question va prendre l'initiative d'une consultation populaire portant sur des problèmes dont les résultats sont acquis d'avance, pour faire reconnaître toute son action. Ce genre de plébiscite local est en principe utilisé quelques temps avant les échéances municipales. Les autorités locales espèrent ainsi profiter au moment des élections municipales de l'élan favorable qui a pu exister pendant le référendum. La*

¹⁶²³ A. GEST, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 956, Assemblée nationale, 18 juin 2003, p. 13.

¹⁶²⁴ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 96.

¹⁶²⁵ A. GEST, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 956, Assemblée nationale, 18 juin 2003, op. cit., p. 13.

¹⁶²⁶ M. VERPEAUX, « Le "référendum" communal devant le juge administratif : premier bilan », RA, janvier 1996, p. 101.

¹⁶²⁷ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », op. cit., p. 176.

deuxième utilisation possible du référendum communal intervient en général peu de temps après l'élection municipale, mais ce n'est pas une règle absolue. Le référendum municipal ayant été au centre du débat électoral, on utilisera le référendum communal pour montrer aux électeurs que les promesses électorales sont tenues »¹⁶²⁸. À cet égard, le référendum apparaît en France pour l'essentiel comme « *le moyen privilégié et exceptionnel, pour un leader, de communiquer avec le peuple et de consolider son pouvoir grâce à la confiance renouvelée de l'électorat* »¹⁶²⁹. Au contraire, aux États-Unis ou en Suisse, l'usage du référendum reste avant tout l'expression de la souveraineté du peuple, compte tenu de la place accordée à l'initiative populaire.

286. Si l'usage du référendum peut tout à fait être un gage d'efficacité et un outil de légitimation « démocratique » de la décision ou de l'action de l'équipe en place, le référendum a la caractéristique qui lui est propre d'être un instrument à double tranchant, puisqu'il présente aussi un grave risque d'inefficacité et de blocage.

Un vote négatif est de nature à empêcher la prise de toute décision et à remettre en cause la légitimité de l'équipe en fonction. Comme l'auteur de la question, le corps électoral peut être animé de deux intentions : un vote sur le projet ou un vote de confiance. Cela ne concorde pas nécessairement avec l'intention exprimée par l'auteur de la question. Dès lors, une tentative de plébiscite peut se voir contrecarrée par une opposition inattendue à la décision même ; on parlera de plébiscite infructueux. Inversement, un vote sur une décision à prendre peut être réapproprié par les électeurs comme une opportunité de remettre en cause la légitimité et la crédibilité de l'équipe municipale¹⁶³⁰ ; on parlera d'« *anti-plébiscite* »¹⁶³¹. Sur ce point, on entend souvent dire dans les médias et dans les propos des responsables politiques que les Français ne répondent jamais à la question qui leur est posée. Or, en l'absence d'une pratique intensive des référendums, il n'est pas possible de confirmer ce point de vue, qui tout au plus donne un argument pour ne pas utiliser cet outil participatif. Quel que soit le schéma aboutissant

¹⁶²⁸ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 14.

¹⁶²⁹ P. CHAMOREL, « L'expérience américaine du référendum », in G. CONAC et D. MAUS (dir.), *Le référendum, quel avenir ?* Journée d'études, 23 avril 1989 organisée par le Centre de recherche de droit constitutionnel, Éditions STH, collection « Les grands colloques », Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1990, p. 70.

¹⁶³⁰ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 169.

¹⁶³¹ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 15.

à un vote négatif, ce dernier rejaillit nécessairement sur ces deux aspects de légitimité. La décision sera plus difficile à mettre en œuvre et l'image de l'équipe municipale sera affectée. Il serait « suicidaire »¹⁶³² pour l'équipe en place de ne pas suivre les résultats du scrutin. Si cet aspect a un effet repoussoir pour la doctrine et les élus, pour certains auteurs, comme J.-L. Péreau, « *il est bon que les citoyens puissent manifester leur mécontentement, même si cela bloque l'action municipale. Le référendum communal joue alors le rôle de question de confiance : l'équipe municipale en place, lorsqu'elle est face à un vote négatif massif, doit tirer les conclusions de ce vote et se démettre* »¹⁶³³. Quand bien même un vote négatif ne lie en principe pas l'autorité administrative, sauf le cas où un consentement populaire est requis, il sera difficile de passer outre. Pour B. Faure, « *il est vrai que ce type de consultation ne peut, en fait sinon en droit, être totalement assimilé à l'avis rendu par un quelconque organe consultatif. La consultation populaire exerce un pouvoir d'influence autrement plus considérable et, si l'autorité locale n'est pas juridiquement tenue par la consultation, elle peut néanmoins s'estimer politiquement liée par elle* »¹⁶³⁴. Cette remarque vaut tout aussi bien pour les référendums consultatifs que pour les référendums décisionnels, puisque ces derniers acquièrent cette valeur uniquement en cas de vote positif. Ces difficultés n'ont pas lieu lorsqu'un processus participatif est organisé entre plusieurs alternatives¹⁶³⁵, ce qui est uniquement permis au titre des processus d'association du public non régies par des textes spécifiques. Dans ce cas, il n'est alors plus possible aux participants de répondre à une question qui ne leur est pas réellement posée. Détaché de son aspect de blocage, le référendum perd ce fâcheux défaut préjudiciable à la recherche d'efficacité administrative, gagne en sérénité et redevient un simple outil d'« *information sur l'état de l'opinion* »¹⁶³⁶.

Inversement, l'exemple de la consultation des électeurs en Loire-Atlantique, sur le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes du 26 juin 2016, a démontré qu'un vote positif peut ne pas aboutir à une réelle légitimation du projet soumis à la votation, malgré un vote positif à hauteur de 55,17 % et une participation de 51,08 % des électeurs. C'est *a fortiori* le cas lorsqu'un faible taux de participation est constaté ; nous avons d'ailleurs vu que ce schéma d'une faible participation reste le plus fréquent¹⁶³⁷. Alors qu'un vote négatif ne posera pas de sérieux problème d'interprétation des résultats, l'obtention d'un vote positif pourra toujours

¹⁶³² *Idem.*

¹⁶³³ *Idem.*

¹⁶³⁴ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 212-213.

¹⁶³⁵ N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *op. cit.*, p. 168-169.

¹⁶³⁶ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 207.

¹⁶³⁷ Voir *supra*, n° 221.

être relativisée par les opposants au projet. Dans cette hypothèse, l'équipe en place pourra tout au plus considérer la décision comme acceptée, sans garantir une levée des oppositions. Mais ce qui est certain, c'est que la légitimité de l'équipe en place ne pourra pas en ressortir grandie, en l'absence de soutien franc et massif. Un faible taux de participation peut même faire obstacle à la validation du résultat. Il faut rappeler qu'un vote favorable ne peut entraîner l'adoption de la décision par les électeurs lors de la mise en place d'un référendum administratif de valeur décisionnel que lorsque le taux de participation dépasse la moitié du corps électoral. À défaut, le vote n'a qu'une valeur consultative. Le système juridique français ne reprend pas la conséquence que le droit belge donne au faible taux de participation, en organisant un dépouillement que si un taux minimum de participation est constaté¹⁶³⁸. Comme l'exprime M. Verdussen, « *la question du seuil de participation est celle de savoir si une consultation ayant donné lieu à une faible participation peut être considérée comme suffisamment représentative de l'opinion de la population communale* »¹⁶³⁹. Inversement, cela veut aussi dire que le résultat est représentatif une fois ce taux atteint, quand bien même ce dernier reste faible.

287. Au regard de ce risque d'inefficacité, qui décourage les responsables publics d'y avoir recours, il faut constater que les instruments référendaires ne permettent pas de concilier la participation citoyenne avec la conception classique de l'intérêt général fondée sur l'*imperium* de la volonté, en vertu duquel il revient au responsable public de prendre les décisions qui s'imposent. La situation du référendum sur le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes a démontré que cette vision peut être partagée tout aussi bien par les responsables publics que par l'opinion publique. Face au choix de recours à la consultation des électeurs, les médias et les élus locaux, dans leur ensemble favorables aux projets dans leur majorité, ont manifesté leur vive opposition, critiquant la remise en cause des engagements pris et la faiblesse de l'État face aux lobbies. Ils y voyaient un bon moyen d'enterrer le projet. Les opposants eux-même ont critiqué ce recours au référendum consultatif, préférant un arrêt pur et simple du projet, notamment pour des raisons de légalité. Le recours aux électeurs leur apparaissait comme un moyen de passer outre les oppositions organisées, ce qui traduisait leur souhait d'être l'unique

¹⁶³⁸ Ce taux est fixé à 20 % des habitants dans les communes de moins de 15.000 habitants ; 3 000 habitants dans les communes d'au moins 15 000 habitants et de moins de 30 000 habitants ; 10 % des habitants dans les communes d'au moins 30 000 habitants. Il faut noter que contrairement aux élections, le vote n'est pas obligatoire pour les consultations populaires.

¹⁶³⁹ M. VERDUSSEN, « Les consultations populaires dans les communes de Belgique », in G. GUIHEUX (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant, 2006, p. 218.

interlocuteur de la puissance publique et leur crainte d'être dépossédés de ce monopole. Force est de constater que s'en remettre au peuple ne relève pas d'une aspiration partagée par l'ensemble de la conscience collective des Français.

Conclusion du Chapitre 2

288. L'examen des fonctions administratives de la participation démontre qu'elle répond à deux nouvelles fonctions qui, bien qu'opposées, ne sont pas contradictoires. En permettant au citoyen de faire valoir ses intérêts, ses aspirations ou son savoir, la participation permet à l'administration d'améliorer l'instruction de ses décisions, d'élaborer des décisions plus adaptées à la réalité sociale. Une procédure contradictoire permet ainsi à l'administration de renforcer son appréciation des faits à l'origine d'une décision individuelle défavorable. La représentation des intérêts comme les procédures de participation du public permettent à l'administration de faire remonter des attentes sociales et de mesurer les conséquences de ses projets sur les intérêts particuliers susceptibles d'être affectés. Seuls les processus référendaires ne partagent pas cette fonction d'amélioration de la décision administrative, en se limitant à une simple réponse affirmative ou négative. Ils s'inscrivent toutefois parfaitement dans la seconde fonction administrative de la participation consistant à garantir l'exécution de la décision administrative par la recherche d'une acception de la décision par le citoyen. Par ses dimensions inclusive et cathartique, la participation constitue un outil permettant de contrecarrer d'éventuelles oppositions à l'exécution de la décision, comme des blocages physiques ou juridiques. Indépendamment de la volonté de l'administration de prendre en compte les points de vue exprimés, elle permet d'intégrer les opposants, facilitant ainsi la résolution des conflits et une meilleure légitimité de la décision administrative. Ces dimensions se retrouvent, selon des formes diverses, dans chaque instrument participatif. Son point de vue ayant été écouté et entendu par l'administration, la personne intéressée, le représentant d'intérêt, le particulier ou encore l'électeur est enclin à mieux accepter la décision prise en définitive. Ces deux modes de recherche de l'efficacité de l'action administrative impliquent que la participation citoyenne n'est pas un instrument au service d'un administrateur neutre, souhaitant instruire ses dossiers à charge et à décharge, mais bien au service d'un administrateur stratège. Paradoxalement, la participation du citoyen à la décision administrative renforce le pouvoir de décision unilatérale de l'administration.

Conclusion Titre II

289. La multiplicité des fonctions que peut remplir la participation du citoyen à la décision administrative forme une cohérence d'ensemble. La participation présente un caractère malléable. Il s'agit « *d'une méthode et non d'un résultat* »¹⁶⁴⁰. Outil au service du citoyen, la participation vise à le rapprocher du processus décisionnel en lui permettant de présenter tant sa vision de l'intérêt général que de faire valoir ses droits ou intérêts. Outil au service de l'administration, la participation lui permet de renforcer la qualité et l'acceptabilité des décisions projetées en vue de son exécution future. L'ensemble de ces fonctions s'imbriquent évidemment, car « *donner l'occasion au public d'être consulté sur un projet décidé ou approuvé par des représentants élus, c'est aussi permettre à ces derniers de mieux décider, de voir leur légitimité renforcée* »¹⁶⁴¹. Mais, ces fonctions ne se retrouvent pas nécessairement réunies au sein de chaque catégorie d'instruments participatifs. Deux d'entre-eux s'opposent d'ailleurs assez radicalement. Alors que la portée de procédure contradictoire a une portée essentiellement défensive pour le citoyen et informative pour l'administration, le référendum a quant à lui une dimension démocratique pour le citoyen et légitimante pour l'administration. Deux autres catégories d'instruments participatifs ont un caractère potentiellement plurifonctionnel selon la psychologie des acteurs, il s'agit de l'inclusion des représentants d'intérêts au sein d'un organe collégial et des procédures de participation du public. Si la pratique tend souvent vers la recherche d'une légitimation de la décision et la défense des intérêts particuliers, il est impossible de dénier qu'ils permettent aussi d'améliorer la décision et d'associer démocratiquement le citoyen.

¹⁶⁴⁰ J.-C. HÉLIN, « La participation du public aux décisions en matière d'urbanisme : une intégration ambiguë ? », *Constr.-urb.*, 2007, n° 7-8, étude n° 16.

¹⁶⁴¹ B. BUSSON, « L'avenir du débat public en matière d'environnement : progrès de la démocratie ou consécration de la juricratie ? », *Droit de l'environnement*, 2002, p. 305.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

290. L'étude des manifestations de la participation du citoyen à la décision administrative démontre que cette notion ne peut être unie que dans la diversité. Cette pluralité apparente s'exprime à de nombreux points de vue. La participation du citoyen regroupe quatre grandes catégories d'instruments participatifs. Elle peut prendre la forme d'une procédure contradictoire, d'une procédure consultative, d'un processus référendaire ou d'une cogestion. La participation s'adresse à plusieurs catégories de citoyens. Le titulaire du droit de participer peut être une personne intéressée, un représentant d'intérêt, un usager, un habitant, un électeur ou tout simplement une personne. La participation peut être liée à la nature de la décision, qu'elle ait une portée individuelle, réglementaire ou qu'elle ait des incidences sur l'environnement, comme être liée à une politique publique, en vue de faire participer le citoyen à sa définition et à sa mise en œuvre. L'exigence de participation citoyenne peut avoir la valeur d'une obligation constitutionnelle, législative, réglementaire ou n'avoir qu'une portée facultative. Enfin, ses fonctions sont diverses. Le citoyen peut y trouver des moyens de participer démocratiquement à la définition de l'intérêt général et/ou de défendre ses intérêts particuliers. L'administration peut y trouver des moyens pour garantir une décision de qualité et/ou de faciliter l'acceptation de la décision. Au regard de l'ensemble de ces facteurs de diversité, la notion de participation du citoyen à décision administrative ne pourra jamais revêtir une forme unifiée. Comme l'évoque V. Donier, « *si les progrès accomplis en faveur de la participation semblent substantiels, il n'existe pas, pour l'heure, de principe général de participation puisque cette notion est soumise à une application diversifiée* »¹⁶⁴².

Pour autant, par-delà la diversité apparente de la notion, se dégagent des éléments de cohérence permettant de fédérer l'ensemble des instruments participatifs sous une même notion juridique. D'un point de vue dynamique, la participation du citoyen à la décision administrative est d'abord le fruit d'un mouvement d'expansion. Initialement née au XVIII^e à propos de décisions affectant des situations individuelles (enquête publique puis procédure contradictoire), la participation s'est développée à partir des années 1960 dans le cadre de l'administration collégiale en ayant recours à la représentation des intérêts. Les années 1980 ont vu s'amorcer une phase d'ouverture à la participation directe du citoyen, essentiellement dans le domaine de l'environnement et dans le domaine de l'action des collectivités territoriales.

¹⁶⁴² V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, p. 1219.

L'essor de l'outil Internet depuis le milieu des années 2000 a donné un nouvel élan à la participation qui se déploie désormais jusqu'à l'élaboration des décisions réglementaires de portée nationale.

Cette ouverture progressive du processus décisionnel à la participation du citoyen revient sur la doctrine d'une administration fermée sur son environnement social. Manifestant une conception moderne de l'idéologie de l'intérêt général, la participation du citoyen est vue comme un outil au service de l'amélioration de l'action administrative. Intervenant au sein d'une société atomisée, l'administration a en effet besoin du concours actif des parties prenantes pour procéder aux conciliations et arbitrages nécessaires. Le développement de la participation du citoyen manifeste également une nouvelle conception de la légitimité démocratique. Le citoyen revendique un droit de consentir à la norme, ce qui contraint l'administration à lui offrir des moyens d'expression. Cependant, la pratique citoyenne des processus participatifs démontre que le citoyen ne cherche pas *in abstracto* à participer plus activement au processus décisionnel, mais à défendre *in concreto* ses intérêts lorsqu'il estime qu'ils sont lésés par un projet de décision. Pour la majorité des citoyens, la participation conserve sa fonction initiale de garantie de nature défensive. Alors que la procédure contradictoire lui permet de se défendre préalablement à une décision individuelle défavorable, les procédures de participation du public lui offrent une garantie complémentaire pour défendre ses intérêts vis-à-vis de décisions dont il n'est pas le destinataire direct. Parallèlement, la pratique administrative de la participation démontre que l'administration n'est pas tout à fait prête à partager son pouvoir de décision unilatérale avec le citoyen. Tout au plus cherche-t-elle à légitimer son action en intégrant les forces d'opposition et en valorisant sa démarche auprès de l'opinion.

Afin de garantir la sincérité de la procédure mise en œuvre par l'administration, s'est approfondi le régime juridique des instruments de la participation du citoyen à la décision administrative, qui présente, contrairement aux manifestations de cette notion, une unité apparente.

Seconde partie – L'UNITÉ DE FAÇADE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

291. La recherche d'une cohérence dans la notion de participation du citoyen à la décision administrative implique dans un second temps d'identifier le régime juridique d'ensemble applicable aux différents instruments participatifs. Compte tenu de la diversité des instruments participatifs, il n'existe pas de source générale définissant leur régime commun. En cette absence, cette recherche doit s'opérer par un raisonnement inductif en comparant les règles propres à chaque instrument participatif. Ces dernières peuvent se caractériser par leur rigidité, ce qui est particulièrement le cas des enquêtes publiques, comme par leur souplesse, notamment dans le cadre des procédures de concertation régies par le code de l'urbanisme et de débat public. Pour ces procédures de participation précoce, le législateur est parti du « *principe qu'il est difficile d'enfermer les processus de participation dans des modalités préétablies trop précises alors que celles-ci doivent être adaptées aux caractéristiques de chaque projet, aux circonstances locales* »¹⁶⁴³. Il revient alors au juge administratif de combler les insuffisances des dispositions textuelles, lors du contrôle de l'organisation et du déroulement du processus participatif par l'autorité compétente, en appliquant un principe de proportionnalité.

On assiste toutefois, depuis le milieu des années 1990, au développement de sources textuelles esquissant le cadre général de la participation du citoyen. « *L'idée notamment se généralise selon laquelle la participation doit s'accomplir à partir de normes particulières, au travers de dispositifs plus ou moins standardisés* »¹⁶⁴⁴. Ce mouvement de codification de la participation a débuté par la production en 1996 de l'outil de *soft law* qu'est la Charte de la concertation du ministère de l'environnement, dont l'un des objectifs était « *de promouvoir la participation des citoyens aux projets qui les concernent, par l'information la plus complète, l'écoute de leurs attentes ou de leurs craintes, l'échange et le débat* ». Certes dénuée de portée, juridique cette charte a contribué à donner à la concertation un cadre assez précis, en donnant une référence sur laquelle peuvent se baser les auteurs d'un projet. Cette situation se prolonge dans le cadre de la nouvelle charte de la participation du public élaborée en 2016. Le mouvement de codification des exigences générales de la participation citoyenne débute véritablement avec l'adoption de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998, sur l'accès à

¹⁶⁴³ Y. JÉGOUZO, « La loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *RDI*, 1995, p. 201.

¹⁶⁴⁴ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 23.

l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Son article 6 prévoit que le public doit être « *informé comme il convient, de manière efficace et en temps voulu (...) au début du processus* », que l'organisateur doit prévoir des « *délais raisonnables laissant assez de temps pour informer le public (...) et pour que le public se prépare et participe effectivement* », qu'il doit permettre au public « *de soumettre par écrit, ou selon qu'il convient, lors d'une audition (...) toutes observations, informations, analyses ou opinions* », que les résultats de la procédure doivent être « *dûment pris en considération* » ou encore que le public soit « *promptement informé* » des motifs de la décision. En droit interne, il faut attendre l'ordonnance du 3 août 2016¹⁶⁴⁵ pour que des « *principes et dispositions générales* »¹⁶⁴⁶ de la participation soient codifiées dans le code de l'environnement. Le nouvel article L. 120-1 II du code de l'environnement dispose que « *la participation confère le droit pour le public : 1° D'accéder aux informations pertinentes permettant sa participation effective ; 3° De disposer de délais raisonnables pour formuler des observations et des propositions ; 4° D'être informé de la manière dont il a été tenu compte de ses observations et propositions dans la décision d'autorisation ou d'approbation* »¹⁶⁴⁷. En dehors du domaine de l'environnement, le législateur a simplement pris soin de fixer quelques exigences minimales pour régir les procédures participatives mises en place en dehors des cas régis par les textes dans le cadre de l'ordonnance du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration¹⁶⁴⁸. L'article L. 131-1 prévoit ainsi que l'administration « *rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics* ». Cet article permet de canaliser des pratiques souvent très variées et qui ne se caractérisent pas toujours par une très grande rigueur. Les organisateurs n'ont pas toujours à l'esprit qu'une participation purement facultative doit répondre à des canons théoriques et juridiques, même si le juge n'est pas toujours là pour les faire respecter. Mais, alors cet article est intégré dans un chapitre intitulé « principes généraux », il ne s'agit pas là pour le législateur de concrétiser le souhait exprimé par le Conseil d'État d'« *introduire dans la loi-code*

¹⁶⁴⁵ Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JO*, n° 0181, 5 août 2016.

¹⁶⁴⁶ Intitulé du chapitre préliminaire, du titre II du livre I^{er} du code de l'environnement.

¹⁶⁴⁷ Le 2°, relatif au droit d'initiative populaire, n'illustre quant à lui pas réellement l'existence d'un cadre juridique d'ensemble de la participation citoyenne.

¹⁶⁴⁸ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

l'ensemble des principes directeurs »¹⁶⁴⁹ garantissant une participation effective. Dans son rapport de 2011 en identifiait six : « *garantir l'accessibilité des informations, assurer le dépôt des observations et favoriser leur diffusion, garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la participation et mettre en place, chaque fois que nécessaire, un "tiers-garant", assurer des délais raisonnables au participant 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* »¹⁶⁵⁰.

Ce mouvement inachevé de codification du régime général rappelle que la participation n'échappe pas « à un processus de juridification auquel participent, chacun à leur manière, le législateur, l'administration et le juge »¹⁶⁵¹. Les sources ici évoquées identifient des garanties qui ont vocation à être précisées dans le régime juridique propre à chaque instrument participatif. Ces garanties sont de deux ordres. Les premières permettant d'assurer de façon principales l'effectivité de la participation (Titre I), à savoir un cadre minimal. Les secondes assurent de façon complémentaire la sincérité de la participation (Titre II), tendant à un optimum. Derrière cette unité apparente, se cachent toutefois une multitude de solutions techniques, de sorte que le régime juridique de la participation du citoyen n'acquiert pas un caractère d'uniformité.

¹⁶⁴⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁵⁰ *Idem*.

¹⁶⁵¹ J.-C. HÉLIN, « Urbanisme et démocratie », op. cit., p. 184 et s.

Titre I – LES GARANTIES PRINCIPALES ASSURANT L’EFFECTIVITÉ DE LA PARTICIPATION

292. Afin de ne pas laisser libre cours à la volonté de l’administration ou plus largement des porteurs de projet, le droit impose le respect de plusieurs garanties principales assurant l’effectivité de la participation. Cette exigence découle de la mise en œuvre de trois droits principaux : le droit à l’information, le droit d’expression du point de vue et le droit de disposer d’un délai suffisant pour s’informer et pour s’exprimer.

Toute participation implique d’abord la mise en œuvre du droit à l’information du citoyen. Si, dans une perspective pessimiste, l’information préalable peut être simplement destinée « à désamorcer les critiques »¹⁶⁵², elle constitue surtout le point de départ et la condition *sine qua non* de toute participation crédible¹⁶⁵³. C’est au regard de l’information qui lui sera transmise que le citoyen fera le choix de participer ou non, s’il estime qu’il a intérêt à le faire. C’est aussi de la qualité de l’information que dépend la pertinence du point de vue exprimé. À l’instar des propos tenus par J.-L. Péreau au regard du dispositif de consultation locale des électeurs, c’est de l’information préalable que « dépend en grande partie la réalité » d’un dispositif participatif, puisque les citoyens « ne pourront se prononcer valablement s’il leur manque des données »¹⁶⁵⁴. Pour garantir au citoyen une participation effective, l’information préalable doit remplir une double exigence de complétude et d’accessibilité. Vue sous un autre angle, l’information préalable doit aussi répondre à des exigences de suffisance et de clarté. « Il est en effet attesté que (...) la qualité, la complétude et l’accessibilité de l’information sont des exigences fondamentales. Pour participer, il faut d’abord savoir ce dont il est question »¹⁶⁵⁵. Dans le cadre de l’application de l’article L. 131-1 du code des relations entre le public et l’administration, le Conseil d’État impose ainsi à l’administration de « mettre à disposition des personnes concernées une information claire et suffisante sur l’objet de la

¹⁶⁵² B. DELAUNAY, *L’amélioration des rapports entre l’administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁵³ J.-F. DAVID, « Les installations classées pour la protection de l’environnement. Environnement industriel et agricole et information du public, in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d’enquête publique*, Economica, 1986, p. 63.

¹⁶⁵⁴ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l’adoption de la loi sur l’organisation de l’administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁵⁵ J.-F. STRUILLON, « La concertation de l’article L. 300-2 du code de l’urbanisme à l’épreuve du droit », *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 493.

consultation et ses modalités afin de leur permettre de donner utilement leur opinion »¹⁶⁵⁶. Ce droit à l'information préalable a deux objets : le projet de décision et les modalités d'organisation du processus participatif. Ainsi, pour que le citoyen puisse présenter utilement son point de vue, il doit pouvoir accéder à une information suffisante sur le projet de décision soumis au processus participatif. Il faut également que les modalités d'organisation du processus participatif organisent l'accessibilité de cette information. Le Conseil constitutionnel a pu rappeler que les modalités d'organisation du processus participatif ne peuvent juridiquement pas se limiter à une simple information préalable. « *La publication des projets constitue une condition nécessaire du principe de participation. Toutefois, elle n'en constitue pas une condition suffisante et l'existence d'une publication ne suffit pas à assurer la reconnaissance du recueil des observations du public* »¹⁶⁵⁷. Toute participation implique le droit pour le citoyen d'exprimer son point de vue. En outre, l'étendue des droits à l'information et à l'expression du point de vue dépend des délais qui sont accordés au citoyen. « *De la même manière que sur le plan contentieux ils sont un élément central de garantie du droit au recours, ils apparaissent comme de véritables garanties du droit à la participation* »¹⁶⁵⁸.

Si tout processus participatif doit respecter ces garanties principales, elles font cependant l'objet d'une mise en application nécessairement plurielle au sein des différents instruments de la participation du citoyen à la décision administrative. Il convient ici de mettre en avant les causes structurelles de cette diversité, résultant de la nature même d'un instrument participatif, et de les distinguer des causes conjoncturelles, à savoir celles qui pourraient tout à fait être revues dans un effort de convergence des dispositifs. Cette concrétisation plurielle des garanties principales de la participation se manifeste tout aussi bien dans le cadre de l'information préalable sur le projet de décision (Chapitre 1) que dans celui des modalités d'organisation du processus participatif (Chapitre 2).

¹⁶⁵⁶ CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; *DA*, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

¹⁶⁵⁷ Commentaire officiel de la décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JO*, 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 508 ; *AJDA*, 2011, p. 1981 ; *AJDA*, 2012, p. 260, étude B. DELAUNAY ; *D.*, 2012, p. 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *Constitutions*, 2012, p. 150, obs. A. FARO ; *RSC*, 2011, p. 844, obs. J.-H. ROBERT ; Décision n° 2012-262 QPC du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement, *JO*, 14 juillet 2012, p. 1163 ; *Rec. Cons. Const.*, p. 326 ; *AJDA*, 2012, p. 1430 ; *D.*, 2012, p. 1828, et 2557, obs. F. G. TREBULLE ; *AJCT* 2012. 492, obs. M. MOLINER- DUBOST ; *Constitutions*, 2012. 657, obs. K. FOUCHER.

¹⁶⁵⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 529.

Chapitre 1 – La concrétisation plurielle de l’information préalable sur le projet de décision

293. Pour pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, le citoyen participant doit être destinataire des informations relatives au projet soumis au processus participatif et surtout les comprendre. Sous réserve du secret, le droit à l’information préalable conduit d’abord l’administration à exposer deux éléments essentiels. Puisque la participation du citoyen à la décision administrative s’analyse tout aussi bien comme un dispositif d’association à l’élaboration constructive des projets de décision que comme un instrument permettant de contredire l’administration¹⁶⁵⁹, il paraît normal que le citoyen ait à se prononcer sur la base d’un projet bien identifié. L’administration doit donc présenter au citoyen le contenu du projet de décision. Il en va de l’existence même d’un débat. « *Tout débat suppose la contradiction, l’échange, qui nécessitent une information sincère et complète du public* »¹⁶⁶⁰. Cependant, l’information ne peut pas se concrétiser de la même façon au sein de chaque catégorie d’instruments participatifs. La mise en œuvre de cette exigence varie nécessairement selon un critère de complétude ou de suffisance (Section 1). Parallèlement, l’intelligibilité de l’information nécessite de ne pas la limiter à des données, parfois brutes, ne permettant pas toujours d’apprécier l’opportunité, la proportionnalité et plus largement la légalité d’un projet. À cette fin, le droit positif prévoit une obligation pour l’administration de diffuser au citoyen des éléments complémentaires sur le contexte du projet, dont la forme et l’étendue peuvent varier (Section 2).

Section 1 – La variation de l’information relative au contenu du projet

294. Pour participer utilement, le citoyen doivent pouvoir prendre connaissance *a minima* de du contenu du projet soumis au processus participatif, sur lequel il est invité à exprimer son point de vue, sous la forme d’un vote ou d’observations. Or, ce qui apparaît comme une base commune à tous les instruments participatifs ne forme juridiquement pas une réalité uniforme.

¹⁶⁵⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1.

¹⁶⁶⁰ B. BUSSON, « Le principe de participation. Le point de vue des associations : Bilan et insuffisances », *Droit de l’environnement*, 2001, n° 90, p. 135.

En effet, le degré d'exhaustivité de l'information préalable sur le projet varie substantiellement pour tenir compte de l'intensité de chaque instrument participatif et surtout de l'avancement du projet. Ainsi, certains instruments participatifs imposent la complétude de l'information sur le projet (§ 1), ce qui implique un projet avancé, alors que d'autres se contentent d'un critère de suffisance (§ 2), laissant une marge de liberté au responsable du projet pour faire évoluer son projet à la suite du processus participatif.

§ 1 – Des instruments participatifs imposant la complétude de l'information sur le contenu du projet

295. Deux instruments participatifs se caractérisent par une exigence de complétude de l'information sur le contenu du projet. Selon des modalités différentes, cette situation se présente dans le cadre des règles générales applicables à la participation à la compétence, imposant une information exhaustive sur le texte du projet de délibération (A), et de la procédure consultative, exigeant une information exhaustive sur toutes les questions traitées par la décision finale (B).

A – La participation à la compétence : une information exhaustive sur le texte du projet de délibération

296. Lorsque le citoyen participe au sein d'un organe collégial intervenant à titre décisionnel, il dispose d'un droit à l'information lui permettant « *d'être informé des affaires (...) qui font l'objet d'une délibération* » pour reprendre les termes employés par le code général des collectivités territoriales¹⁶⁶¹. Les règles applicables aux élus locaux peuvent être transposées à tout membre d'un organe délibérant. En vertu de la jurisprudence, les membres d'une assemblée collégiale doivent se prononcer en toute connaissance de cause lorsqu'ils sont appelés à délibérer. Ainsi, le texte d'une délibération, d'un contrat ou d'un budget soumis au vote doit

¹⁶⁶¹ Articles L. 2121-13, L. 3121-18 et L. 4132-17 du code général des collectivités territoriales.

être communiqué aux membres dans une présentation claire et compréhensible¹⁶⁶². Pour que les membres puissent délibérer en pleine connaissance de cause, le contenu du projet de décision soumis au vote doit être expressément formalisé au sein d'une « note de synthèse » adressée à chaque membre avant la réunion de l'organe. Toutefois, cette dernière peut s'avérer parfois assez sommaire, puisqu'elle peut se contenter d'indiquer en quelques lignes le contenu du projet qui est soumis à l'organe pour approbation. Afin d'apprécier le contenu exact du projet de décision, il faut alors le plus souvent se référer aux documents annexes qui complètent le dispositif et surtout détaillent l'objet du projet soumis au vote. Il peut s'agir notamment de documents visuels, de données financières ou chiffrées, d'un contrat et ses annexes ou encore d'un projet de budget, qui feront corps avec la décision elle-même. C'est ce qu'avait reconnu le Conseil d'État dans un arrêt « Ville de Caen contre Paysant » du 23 avril 1997¹⁶⁶³, dans lequel il avait rappelé que les membres des assemblées délibérantes locales disposent du droit de « *consulter, lors de la délibération, le projet de contrat de service public, ainsi que les pièces et documents annexes nécessaires à l'examen du projet* », à savoir en l'espèce des documents financiers annexés au contrat. Les membres de l'organe délibérant sont dès lors informés, au moins théoriquement, de l'ensemble des documents et des éléments constituant la décision à prendre, de sorte que l'information sur l'objet de la décision doit être complète dans ses moindres détails. La décision adoptée sera nécessairement le texte inscrit dans la note de synthèse, accompagné des documents qui lui sont annexés, sous réserve des éventuelles modifications apportées en séance et d'une éventuelle remise en forme avec l'adjonction de visas.

297. Cette situation caractérise logiquement le dispositif du référendum local, qui permet aux électeurs d'une collectivité territoriale d'intervenir pour approuver ou rejeter un projet de décision, comme le font les membres des organes délibérants. Cet instrument de participation à la compétence nécessite par nature une information précise sur un projet arrêté dans tous ses éléments et formalisé dans un document écrit à l'instar d'un des points d'une note de synthèse,

¹⁶⁶² CE, 3 avril 1935, Ligue des contribuables de Saint-Tropez, *Rec.* p. 423 ; TA Nice, 29 juillet 1985, Commissaire de la République du Var, *Rec.*, tables, p. 680 ; TA Nice, 25 mai 1987, Basilio, *Rec.*, tables, p. 625 ; CE, 27 novembre 1989, De Peretti c/ Commune de Sarlat, *Rec.*, tables, p. 509 ; CE, 12 juillet 1995, Commune de Fontenay-le-Fleury, *Rec.*, tables, p. 681.

¹⁶⁶³ CE, 23 avril 1997, Ville Caen c. Paysant, *Rec.* 158 ; *AJDA*, 1997, p. 518, conclusions V. PÉCRESSE : à propos du projet de convention déléguant la gestion du stationnement de la ville.

car un vote positif emporte décision si le quorum est atteint¹⁶⁶⁴. Lors d'un référendum local, doit ainsi être constitué « *un dossier d'information sur l'objet du référendum décidé par la collectivité territoriale* »¹⁶⁶⁵, qui comporte « *le texte de la question à laquelle les électeurs sont appelés à répondre, le projet de délibération ou d'acte soumis à leur approbation et un rapport explicatif exposant (...) le cas échéant, les caractéristiques techniques et financières de sa réalisation* »¹⁶⁶⁶. Si ces éléments d'information sont tout naturels pour un processus référendaire à portée décisionnelle, la situation diffère s'agissant du dispositif de la consultation des électeurs, pour lequel l'information sur le contenu du projet ne se voit appliquer ni les règles générales de la participation à la compétence, ni les règles générales de la procédure consultative.

B – Les règles générales de la procédure consultative : une information exhaustive sur toutes les questions traitées par la décision finale

298. Lorsque le citoyen participe au sein d'un organe collégial intervenant à titre consultatif, lorsqu'il est consulté à titre personnel ou dans le cadre d'une procédure de consultation ouverte, ce sont en principe les règles générales de la consultation qui trouvent à s'appliquer, qu'elle soit organisée à titre obligatoire ou à titre facultatif¹⁶⁶⁷. En la matière, l'esprit du dispositif réside toujours dans le respect de l'exigence de complétude de l'information adressée aux personnes et organes consultés. Toutefois, les modalités de réalisation de cette information diffèrent légèrement vis-à-vis des règles de la délibération, à deux égards.

¹⁶⁶⁴ Il ne sera nul besoin d'un acte complémentaire en dehors de la publication. Article LO 1112-7 du code général des collectivités territoriales.

¹⁶⁶⁵ Article LO 1112-8 du code général des collectivités territoriales.

¹⁶⁶⁶ Article R. 1112-2 alinéa 4 du code général des collectivités territoriales. Les caractéristiques techniques et financières s'imposent le plus souvent compte tenu de l'objet de la pratique des référendums dans leur ensemble, qui a le plus souvent attiré à des opérations immobilières ou d'aménagement. Plus ponctuellement, le projet peut ne pas avoir de caractéristiques techniques ou financières, ce qui est le cas d'un référendum portant sur un projet de gentilité. Cette hypothèse peut être illustrée par la consultation organisée le 27 juin 2013 dans le département du Loiret.

¹⁶⁶⁷ Ces règles ont notamment vocation à s'appliquer pour les comités consultatifs locaux, même si, dans cette forme d'exercice de la démocratie locale, il n'est pas rare qu'ils n'interviennent pas à titre consultatif. Dans la pratique, leurs membres sont en effet souvent invités à discuter, échanger sur des sujets pouvant par la suite faire l'objet de délibérations, sans que l'administration ait encore arrêté de projet. Ils interviennent alors davantage comme un groupe de travail. En cette matière, se pose tout de même la question de savoir si le juge administratif serait amené à sanctionner la procédure pour absence de respect de l'exigence d'information préalable.

299. D'un point de vue formel, en dehors du cas spécifique de la consultation du Conseil d'État¹⁶⁶⁸, une personne ou un organe n'est pas nécessairement consulté sur la base d'un document formellement abouti¹⁶⁶⁹. Le juge administratif s'est notamment prononcé en ce sens dans un arrêt « de Laboulaye » rendu par le Conseil d'État le 3 novembre 1967, lorsqu'il considère que « *l'Institut des vins de consommation courante a examiné la question de savoir s'il y avait lieu de supprimer les cépages tolérés, en a délibéré et a donné effectivement son avis le 19 juin 1964 ; que le fait que le texte même du décret ne lui ait pas été communiqué (...) est sans influence sur la légalité* »¹⁶⁷⁰. Ce n'est donc pas un texte nécessairement arrêté dans tous ces éléments et prêt à devenir une décision qui concrétise les notions de « *documents nécessaires à la préparation de la réunion* »¹⁶⁷¹, de « *projet soumis à la commission* »¹⁶⁷² ou encore de « *documents nécessaires à l'examen des affaires* »¹⁶⁷³, mentionnées dans les dispositions du code des relations entre le public et l'administration relatives aux commissions administratives à caractère consultatif de l'État et de ses établissements publics administratifs, alors qu'ils sont pourtant invités à rendre des avis « *sur des projets de texte ou de décision* »¹⁶⁷⁴. Ainsi, même lorsque la loi ou le règlement impose ou permet qu'un projet de texte ou de décision soit soumis à consultation d'une personne ou d'un organe, ce n'est pas

¹⁶⁶⁸ CE, 22 janvier 1926, Lacoste et autre, *Rec.*, p. 74 ; CE, 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France, sieur Grabez et conseil national de l'ordre des pharmaciens, *Rec.*, p. 488 ; *AJDA*, 1969, II, p. 98, note G. PEISER. Le gouvernement doit adopter le projet soumis au Conseil d'État ou tel qu'amendé par ce dernier. Le juge censure tout « *projet nouveau* ». Pour R. Hostiou, « *cette règle contribue à donner au Conseil d'État une place privilégiée au sein de l'administration consultative. Elle a pour conséquence d'imposer au Gouvernement de consulter le Conseil d'État, en dernier lieu, après avoir recueilli les autres avis d'organes divers lorsque de telles consultations sont imposées, puisque toute modification apportée au texte présenté au Conseil d'État postérieurement à la consultation obligerait le Gouvernement à le lui transmettre à nouveau* ». R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 270-271. Voir aussi CE, 30 décembre 2009, n° 312051, Association SOS Racisme : « *considérant que lorsque, comme en l'espèce, un décret doit être pris en Conseil d'État, le texte retenu par le Gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'État et du texte adopté par ce dernier* ».

¹⁶⁶⁹ CE, 3 novembre 1967, de Laboulaye, *Rec.*, p. 399. Voir aussi CE, 6 juin 1979, Havet, *Rec.*, p. 263.

¹⁶⁷⁰ Sur ce point voir aussi CE, 6 novembre 2006, n° 276075 : « *Considérant qu'aux termes de l'article L. 518-3 du code monétaire et financier : Les décrets dont la mise en œuvre exige le concours de la Caisse des dépôts et consignations sont pris sur le rapport ou avec l'intervention du ministre chargé de l'économie, après avis de la commission de surveillance ; que, si cette disposition n'implique pas que le texte même du projet de décret soit soumis à la commission de surveillance, celle-ci doit avoir été mise à même de faire connaître, avant l'intervention d'un décret dont la mise en œuvre exige le concours de la Caisse des dépôts et consignations, son avis sur l'ensemble des questions faisant l'objet des dispositions entrant dans le champ de la consultation requise par l'article L. 518-3* ».

¹⁶⁷¹ Article R. 133-5 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁶⁷² Article R. 133-7 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁶⁷³ Article R. 133-8 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁶⁷⁴ Article R. 133-1 du code des relations entre le public et l'administration.

systématiquement le texte même du projet qui doit être soumis à son avis, tant que sont présentés des « *informations* » et « *documents utiles à la compréhension de son contenu* »¹⁶⁷⁵.

Par principe, ces règles générales de la consultation ont vocation à s'appliquer quel que soit le caractère restreint ou ouvert de la consultation¹⁶⁷⁶. Il semble toutefois en aller différemment, même si la jurisprudence ne s'est pas explicitement prononcée à ce sujet, dans le cadre de la procédure de consultation ouverte sur Internet régie par le code des relations entre le public et l'administration. Au terme de l'article R. 132-5, la publication de la décision d'organiser la consultation « (...) *est assortie du projet d'acte concerné et d'une notice explicative précisant l'objet et le contenu de celui-ci ainsi que, en tant que de besoin, la ou les dates prévues pour l'entrée en vigueur des mesures envisagées* ». L'administration ou le responsable du projet semble ici devoir inviter le public à réagir à un projet d'acte qui aurait pu être adopté en l'absence de mise en place du processus participatif. Cette impression est renforcée par l'adjonction d'une notice explicative, qui vient ici garantir l'exigence d'intelligibilité d'une information pouvant être donnée à l'état brut dans le cadre du texte d'un projet de réforme ou d'acte. Il s'agit alors d'expliquer en quelques phrases l'objet du projet, le texte de la décision pouvant s'avérer difficile à lire, spécialement lorsqu'il contient des renvois et apporte des modifications à des textes préexistants.

300. D'un point de vue matériel, la jurisprudence exige seulement que la personne ou l'organe consulté soit en mesure de se prononcer sur l'ensemble des « *questions soulevées* » par la décision finale¹⁶⁷⁷. La conséquence directe de cette exigence réside dans l'obligation d'organiser une nouvelle consultation si les modifications apportées au projet initial soulèvent des « *questions nouvelles* » qui n'ont pas été soumises à la discussion¹⁶⁷⁸. Comme l'indique expressément le Conseil d'État, « *l'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'un texte doit être mis à même d'exprimer son avis*

¹⁶⁷⁵ CE, 5 octobre 2016, n° 389648, Confédération paysanne.

¹⁶⁷⁶ *Idem* : « *considérant (...) que lorsque (...) l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives et réglementaires, de consulter les professionnels concernés par un projet de texte, il lui appartient d'organiser cette consultation en mettant à la disposition de ces derniers les informations utiles à la compréhension du projet de texte* », à savoir le « *texte de l'accord ou [des] documents utiles à la compréhension de son contenu* ».

¹⁶⁷⁷ CE, sect., 12 novembre 1954, Jammes, *Rec.*, p. 585.

¹⁶⁷⁸ CE, ass., 24 juin 1955, Ville de Paris, 2^e espèce, *Rec.*, p. 356 ; *CJEG*, 1955, p. 216, concl. GREVISSE ; CE, 26 octobre 1956, Demoiselle Cavalier, *Rec.*, p. 387 ; *AJDA*, 1957, II, p. 29, concl. LONG ; CE, ass., 2 mai 1958, Syndicat autonome des greffiers de l'État et secrétaires de parquet, *Rec.*, p. 252 ; CE, 17 mai 1972, n° 81590, Conseil national de l'ordre des médecins ; CE, ass., 23 oct. 1998, Union fédérale CFDT fonctions publiques et assimilé, *D.*, 1998, p. 258 ; *DA*, 1999, n° 32.

sur l'ensemble des questions soulevées par ce texte. Par suite, dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité compétente pour prendre le texte envisage d'apporter à son projet des modifications, elle n'a à procéder à une nouvelle consultation de cet organisme que si ces modifications posent des questions nouvelles »¹⁶⁷⁹. Ainsi, l'administration ne saurait, sans retirer tout effet à la procédure consultative, adopter une décision finale portant sur des questions qui n'auraient pas fait l'objet des consultations prévues par les textes. Les contours de ce qui constitue l'objet de la consultation, mais aussi le contenu de ce qui doit composer le droit à l'information préalable, restent assez difficiles à identifier *in abstracto*. Comme l'indique G. Isaac, l'administration « est tenue de fournir tous les renseignements et éléments d'information qui doivent permettre à l'organisme de statuer de manière effective. Le caractère complet de la consultation est apprécié par le juge en rapprochant les dispositions que contient la décision prise des questions examinées par les organismes dont la consultation est imposée. Et dans cette confrontation, le juge tient compte du caractère et des circonstances de chaque espèce »¹⁶⁸⁰. Cette notion de question est assez « contingente »¹⁶⁸¹. Si la jurisprudence a pu laisser penser que cette notion de questions traitées par la décision finale imposait seulement que la consultation porte sur les « dispositions essentielles »¹⁶⁸² ou « l'économie générale »¹⁶⁸³ du projet (notions qui ont l'avantage d'être plus claires¹⁶⁸⁴ mais surtout plus souples), le juge s'avère en réalité plus exigeant en imposant à l'administration de consulter sur la base d'une solution ou d'une orientation préconisée au regard de chaque question posée par le texte. Comme le précise G. Isaac, « la notion de "question" est assez contingente, il est vrai et il semble que le juge se fasse de plus en plus exigeant ; à certains égards, elle se rapproche même de la "solution" envisagée ou adoptée par l'administration : la consultation doit porter sur le principe même de la solution que l'administration envisage de faire passer »¹⁶⁸⁵. Ainsi pour que le caractère complet de l'information préalable soit rempli, l'autorité administrative a l'obligation de fournir à la personne ou à l'organe consulté tous les éléments et pièces annexes nécessaires, ce que le juge peut contrôler au cas par cas¹⁶⁸⁶, de façon à ce que l'organe puisse

¹⁶⁷⁹ Voir CE, 26 octobre 2017, n° 400715, Syndicat national des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale.

¹⁶⁸⁰ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 470.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 472.

¹⁶⁸² CE, 16 octobre 1957, Union Fédérale des Cadres, *D.*, 1957, p. 695, note GONIDEC ; CE, 9 octobre 1959, Kitten, *JCP*, 1960, II, n° 11420.

¹⁶⁸³ CE, 15 mai 1959, Lecroix, *Rec.*, p. 310 ; CE, 14 juin 1961, Syndicat Nationale des Géologues d'Outre-Mer, *Rec.*, p. 915.

¹⁶⁸⁴ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 471.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 472.

¹⁶⁸⁶ Par exemple CE, 11 juill. 2007, n° 293719, Fédération nationale de l'aviation marchande, *Rec.*, tables, p. 1102.

se prononcer non seulement sur l'économie générale du projet¹⁶⁸⁷ mais aussi sur l'ensemble des questions traitées par la décision finale. Dès lors, la mesure définitivement adoptée est donc nécessairement celle soumise à l'avis, sous réserve d'éventuelles modifications apportées pour tenir compte de celui-ci¹⁶⁸⁸ et « *des modifications de pure forme et même des modifications de fond à condition qu'elles n'aient pas pour objet de remanier les textes si profondément qu'il s'agirait en fait de question nouvelles* »¹⁶⁸⁹. L'administration peut apporter de menues corrections ou des précisions à son projet initial, mais celles-ci doivent rester limitées au risque d'encourir la censure du juge. De cette façon, les règles générales de la consultation ne garantissent certes pas une information parfaitement exhaustive, mais du moins une information qui peut tout de même se caractériser par sa complétude au regard de la large limitation du droit d'amendement au projet initialement envisagé.

Par principe, ces règles générales garantissant une information complète nonobstant une souplesse formelle, ont vocation à s'appliquer à toute consultation, qu'elle soit restreinte ou ouverte. Là encore, même si le juge ne s'est cependant pas encore prononcé à ce sujet, la règle de la question nouvelle a tout à fait vocation à s'appliquer à la procédure de consultation ouverte sur Internet. Cependant, ces mêmes règles générales ne s'appliquent pas lorsque le législateur assouplit l'exigence d'information préalable.

¹⁶⁸⁷ CE, 2 déc. 1981, Association Fluvial service, *Rec.* 456 : évoquant la notion de « *solution d'ensemble* » : « *considérant que (...) des éléments d'information ont été communiqués par Aéroports de Paris aux membres de la commission consultative économique des aéroports de Paris-Charles de Gaulle et Paris-Orly (...) afin de leur permettre d'émettre un avis (...) sur les propositions de tarifs de redevances pour services rendus émises par Aéroports de Paris (...); qu'il ressort toutefois des pièces du dossier que les éléments d'informations fournis ont été incomplets; qu'en particulier, le compte de résultat du périmètre régulé pour le dernier exercice connu, requis par le titre IV du contrat de régulation économique, n'a pas été transmis aux membres de la commission; que le tableau intitulé « compte de résultat pour l'exercice 2004 », qui a été communiqué aux membres de la commission lors de la séance du 21 février 2006, est particulièrement sommaire et ne peut être regardé comme comprenant les éléments constitutifs d'un compte de résultat; que les prévisions financières rendues publiques par Aéroports de Paris concernant l'exercice suivant le dernier exercice connu ainsi que celui d'entrée en vigueur de la nouvelle période tarifaire, également requis par le titre IV du contrat de régulation économique, n'ont pas davantage été communiquées aux membres de la commission* ».

¹⁶⁸⁸ Par exemple : CE, ass., 23 octobre 1998, UFFA-CFDT, *Rec.*, p. 360, *CJEG*, 1998, p. 13, conclusions SAVOIE.

¹⁶⁸⁹ G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 472. Sur ce point voir CE, 26 octobre 1956, demoiselle Cavalier, *AJDA*, 1957, II, p. 29, conclusions LONG.

§ 2 – Des instruments participatifs se limitant à une exigence de suffisance de l’information sur l’objet du projet

301. Trois autres catégories d’instruments participatifs offrent au responsable du projet une plus grande souplesse dans la définition du contenu du projet soumis au processus participatif, au risque d’altérer le lien substantiel qui l’unit à la décision finalement adoptée. Ainsi en va-t-il des règles spéciales applicables à certaines procédures consultatives (A) et du régime des procédures de participation précoce (B), au sein desquels l’information peut se limiter à l’économie générale. D’une certaine façon, ce régime de l’information suffisante sur le contenu du projet caractérise aussi les procédures contradictoires se bornant à exiger une information sur l’intention d’adresser une mesure individuelle défavorable (C).

A – Les règles spéciales de la procédure consultative limitant l’information à l’économie générale du projet

302. Faisant fi de la règle dite des questions nouvelles, les procédures d’enquête publique, les procédures de consultation du public en matière environnementale, ainsi que les dispositifs de consultation des électeurs garantissent aux citoyens participants seulement le maintien de l’économie générale du projet qui leur est présenté. Dès lors, puisque le responsable du projet, plan ou programme dispose d’une certaine latitude d’action pour modifier ou préciser son projet à la suite de la consultation, l’exigence d’information préalable ne remplit plus une exigence de complétude, mais simplement de suffisance, quel que que soit le niveau d’exhaustivité demandé au dossier présentant le contenu du projet.

303. Cette faculté d’apporter des modifications mineures ou des précisions complémentaires ne pose pas de problème particulier lorsque, dès le départ, l’information préalable est peu détaillée et simplement limitée à l’économie générale du projet, c’est-à-dire son objet et ses caractéristiques principales. Les citoyens n’étant pas invités à exprimer leurs points de vue sur tous les détails du projet, il n’est dès lors pas anormal que le responsable du projet puisse le faire évoluer dans le cadre de sa marge de liberté, sans que la sincérité de l’information apportée

lors de la consultation ne soit remise en cause, et tant que cela n'affecte pas l'économie générale du projet.

Il en va ainsi lors d'une consultation locale des électeurs régie par le code général des collectivités territoriales, pour laquelle l'information préalable peut être limitée à la seule économie générale d'un projet voire à un simple choix de principe. Si les dispositions législatives évoquent bien une consultation portant sur un « *projet de délibération ou d'acte* »¹⁶⁹⁰, les dispositions réglementaires semblent revenir quelque peu sur l'idée d'un projet formellement arrêté dans un projet de décision. En vertu de ces dernières, il est simplement prévu que « *le dossier comporte notamment la délibération par laquelle la consultation a été décidée (...) ainsi qu'une notice d'information sur l'objet de la consultation* »¹⁶⁹¹. Contrairement au référendum local¹⁶⁹², le dossier d'information n'a pas à faire mention des caractéristiques techniques et financières¹⁶⁹³ du projet. Cette situation pose tout de même question au regard du régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative, car il semble inconcevable que les électeurs puissent raisonnablement se prononcer sans connaissance d'un minimum de détails sur le projet envisagé. Consulter sur le simple principe d'un projet de décision, revient à donner un blanc-seing et à ôter toute valeur à la consultation. Certes, le juge contrôle de façon générale la clarté et la sincérité de l'information relative au projet, mais un alignement serait souhaitable entre les régimes de la consultation locale des électeurs et du référendum local, peu contraignant, en imposant simplement à l'administration de préciser *a minima* les caractéristiques de son projet¹⁶⁹⁴. De son côté, le régime de la consultation des électeurs régie par le code de l'environnement garantit mieux cette connaissance de l'économie générale d'un projet. Dans le cadre de cette procédure de démocratie semi-directe, outre l'objet de la consultation et la question posée¹⁶⁹⁵, les électeurs

¹⁶⁹⁰ Article L. 1112-20 du code général des collectivités territoriales.

¹⁶⁹¹ Article R. 1112-18 du code général des collectivités territoriales.

¹⁶⁹² Voir *supra*, n° 297.

¹⁶⁹³ Dans les faits, la pratique peut être « *exemplaire* ». Comme l'évoque J. Viguier, « *le "référendum" de Cluny [de 1888] est assez caractéristique. Donnée comme le premier, il portait sur la décision de contracter un emprunt de 300 000 francs destiné à la construction d'une caserne. Chaque électeur reçut une carte électorale, deux bulletins (oui et non) et une feuille indiquant les impôts payés à la commune et ceux qu'il acquitterait en cas d'emprunt. La méthode utilisée a donc été exemplaire : carte électorale spéciale, préservation du secret du vote, information des électeurs sur les conséquences du choix* », J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », *op. cit.*, p. 440 et s. Voir aussi G. ROCHDI, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire », *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁹⁴ A noter aussi que les dispositions réglementaires n'évoquent pas la mention du texte de la question posée, alors qu'il est nécessairement présent. Il était pourtant évoquée à l'article L. 125-2 et R. 125-5 de l'ancien code des communes avant la recodification opérée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545.

¹⁶⁹⁵ Article L. 123-21 du code de l'environnement. Ce sujet a fait l'objet d'un contentieux au regard de la question posée au sujet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes. CE, 20 juin 2016, n° 400364 et 400365, Association

doivent avoir accès à un dossier d'information comportant un « *document de synthèse présentant de façon claire et objective le projet (...) ses caractéristiques (...)* »¹⁶⁹⁶ et mentionnant « *les principaux documents de nature à éclairer les électeurs* ».

Cette hypothèse d'une consultation sur la base d'un projet non exhaustif se retrouve ensuite pour les projets soumis à enquêtes publiques en vertu du code de l'expropriation et du code des relations entre le public et l'administration. Le droit impose la simple publication d'une notice explicative, qui indique « *l'objet du projet* »¹⁶⁹⁷ et qui est accompagnée de documents annexes de nature à le préciser, dont un plan de situation dans toutes les hypothèses. Si le projet porte sur la réalisation de travaux ou d'ouvrage, s'y ajoutent le plan général des travaux, les caractéristiques principales des ouvrages les plus importants et l'appréciation sommaire des dépenses¹⁶⁹⁸. En principe, ces données générales ont vocation à garantir une information suffisante pour permettre la consultation sur l'opportunité d'un projet dont l'ensemble de caractéristiques techniques et financières seront précisées ultérieurement, notamment au stade des marchés permettant sa réalisation effective. Pour le juge, les documents soumis au public « *n'ont pas pour objet de déterminer avec précision les parcelles éventuellement soumises à l'expropriation, ni de décrire en détail les ouvrages envisagés, mais simplement de permettre aux intéressés de connaître la nature et la localisation des travaux prévus ainsi que les caractéristiques principales des ouvrages les plus importants* »¹⁶⁹⁹. S'agissant de l'appréciation des caractéristiques financières, il suffit qu'elle soit raisonnable¹⁷⁰⁰. Le juge se contente d'un « *chiffre global qui ne soit ni trop imprécis, ni manifestement inférieur au coût réel, sans obliger l'administration à préciser les modalités de financement de l'opération envisagée, l'échéancier financier et le coût de fonctionnement des ouvrages* »¹⁷⁰¹. Dans l'ensemble, « *le juge prend (...) acte en quelque sorte d'un état nécessaire d'inachèvement des projets soumis à participation mais il ne peut dans le même temps trop*

citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et autres.

¹⁶⁹⁶ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

¹⁶⁹⁷ Article R. 134-22 du code des relations entre le public et l'administration. Cette mention n'est étonnamment indiquée à l'article R. 112-4 du code de l'expropriation.

¹⁶⁹⁸ L'article R. 112-7 du code de l'expropriation prévoit en outre que « *tous documents, plans et maquettes établis par l'expropriant peuvent, en outre, venir préciser l'opération en vue de laquelle l'enquête publique est demandée* », même si aucune obligation n'en résulte. Il s'agit d'une forme d'appel aux bonnes volontés.

¹⁶⁹⁹ CE, 23 juillet 1974, Gaulier, *Rec.*, p. 453 ; *AJDA*, 1975, p. 39 et 29, chron. FRANC et BOYON ; *AJPI*, 1975, p. 306, conclusions MORISOT ; CE, 17 mars 2010, Association Alsace Nature environnement et autres, *RJE*, 2010, p. 485, note R. HOSTIOU.

¹⁷⁰⁰ Voir notamment CE, 12 février 1971, *Ministre de L'Education nationale c/ Sieur David*, *Rec.*, p. 127.

¹⁷⁰¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 63.

abaisser ses exigences, afin de ne pas priver d'effet utile cette participation »¹⁷⁰². Parfois même, l'information peut rester sommaire lorsque l'expropriation est demandée en vue de la réalisation d'une opération d'aménagement ou d'urbanisme importante et qu'il est nécessaire de procéder à l'acquisition des immeubles avant que le projet ait pu être établi, c'est-à-dire pour constituer des réserves foncières. Dans ce cas, le public ne prend connaissance que du périmètre délimitant les immeubles à exproprier et l'estimation sommaire des coûts des acquisitions à réaliser, outre la notice d'explicative et le plan de situation. En la matière, la participation du public ne peut alors porter que sur la défense de la propriété individuelle et, tout au plus, sur l'opportunité d'un projet dont seul l'objet est connu mais non les caractéristiques générales. C'est ce qui fait dire à R. Hostiou que « *plus l'opération prévue est importante moins le dossier soumis au public a à être précis et circonstancié* »¹⁷⁰³.

De la même façon, lorsqu'il s'agit d'un projet d'installation, d'ouvrage, de travaux ou d'aménagement, la situation ne diffère pas dans les enquêtes publiques régies par le code de l'environnement ou de la procédure régie par l'article L. 123-19 du même code, puisque c'est toujours l'économie générale du projet qui est soumise au public. Le public doit être informé de l'« *objet* » de l'enquête, des « *caractéristiques les plus importantes du projet (...)* », « *de la ou des décisions pouvant être adoptées au terme de l'enquête et des autorités compétentes pour statuer* »¹⁷⁰⁴, ainsi que de l'ensemble des « *pièces* »¹⁷⁰⁵ exigées par les législations et réglementations applicables au projet. Le juge a pu rappeler que « *ces dispositions, qui permettent que le public puisse faire part de son opinion sur un projet ayant une incidence sur l'environnement, n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exiger que ce dernier soit associé à la décision finale, notamment en ce qui concerne le choix d'un tracé* »¹⁷⁰⁶. Il considère en outre que « *les documents soumis à l'enquête publique ont pour objet non pas de décrire en détail la totalité des ouvrages envisagés et leur localisation exacte, mais de permettre au public de connaître la nature et l'implantation des principaux travaux envisagés et les caractéristiques générales des ouvrages les plus importants* »¹⁷⁰⁷. En la matière, seules les caractéristiques principales sont diffusées, ce qui laisse une marge de liberté au responsable du projet pour le préciser tant que cela n'affecte pas son économie générale. Il en va même pour les projets

¹⁷⁰² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 744.

¹⁷⁰³ Voir notamment R. HOSTIOU, « Enquête publique et aménagement », *op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁰⁴ Articles L. 123-10 et R. 123-8 et 9 du code de l'environnement.

¹⁷⁰⁵ Article R. 123-8 du code de l'environnement.

¹⁷⁰⁶ CAA Marseille, 5 décembre 2011, n° 09MA01711, Association Trebon-Champagne et autres, *RJE*, 2013, p. 127, note SIRONNEAU.

¹⁷⁰⁷ CE, 11 mai 2016, n° 384608, M. et Mme E.

soumis aux procédures régies par les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, pour lesquelles le public doit avoir accès à l'« intégralité » du « projet de décision », accompagné d'une note de présentation ou du « dossier de demande », puisque ces documents se limitent en réalité à un exposé des caractéristiques générales. Comme l'évoque Ch. Testard, cette situation « permet de mettre en avant une limite intrinsèque au contrôle opéré par le juge sur l'information délivrée (...). Cette limite tient au caractère nécessairement incomplet de l'information disponible au moment où la participation est engagée. Eu égard à la nature et l'objet mêmes de l'enquête publique, le juge ne saurait exiger une information complète et définitive. (...) Le juge administratif consacre par là même un contrôle nécessairement peu exigeant de l'information préalable : il ne peut se limiter qu'à un contrôle de sa suffisance dès lors qu'il porte sur des projets par définition non définitifs, les procédés de participation ayant précisément pour but de contribuer à leur élaboration »¹⁷⁰⁸. Il n'est donc pas anormal que le projet puisse évoluer suite à la procédure.

304. La situation diffère lorsqu'il s'agit des plans et programmes soumis à ces mêmes procédures, pour lesquels la règle de l'économie générale devient plus redoutable pour le public. Dans ce cas, le dossier d'information préalable doit comprendre un document formellement abouti et prêt à devenir une décision définitive. Peuvent être ici évoqués par exemple le projet d'aménagement et de développement durable d'un schéma de cohérence territoriale ou d'un plan local d'urbanisme, leur document d'orientation et d'objectifs ou règlement et leurs documents graphiques. Certes, dans ces hypothèses, il est prévu que le projet présenté ne peut être modifié à la suite de la procédure de consultation ouverte que « sous réserve, d'une part, que ne soit pas remise en cause l'économie générale du projet et, d'autre part, que cette modification procède de l'enquête ; que doivent être regardées comme procédant de l'enquête les modifications destinées à tenir compte des réserves et recommandations de la commission d'enquête, des observations du public et des avis émis par les collectivités et instances consultées et joints au dossier de l'enquête »¹⁷⁰⁹. Il ne s'agit nullement de permettre au responsable du plan ou programme d'apporter des modifications qui ne résulteraient que de

¹⁷⁰⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 744.

¹⁷⁰⁹ Voir CE, 5 décembre 2016, n° 394592, Association Tréduder Nature Patrimoine contre commune de Lannion. Voir aussi CE, 4 juin 2014, n° 365236, M. A...B... : « il était loisible à l'autorité compétente de modifier le plan d'occupation des sols après l'enquête publique, sous réserve, d'une part, que ne soit pas remise en cause l'économie générale du projet et, d'autre part, que cette modification procède de l'enquête, ces deux conditions découlant de la finalité même de la procédure de mise à l'enquête publique ».

sa seule volonté, ce qui remettrait en cause la sincérité même du processus participatif. Toutefois, pour le public, ce pouvoir de modification en fonction des résultats du processus participatif peut faire naître un sentiment de fausse exhaustivité d'un document présenté comme complet et prêt à être autorisé ou approuvé et qui, en définitive pourra être modifié sans que tous les participants aient pu prendre connaissance et surtout aient pu se prononcer sur ces évolutions dites mineures. En effet, derrière cette notion de modifications mineures résultant du processus participatif, plus précisément de modifications ne remettant pas en cause l'économie générale du projet, peuvent se cacher des évolutions affectant des droits et intérêts particuliers qui, dans une première mouture du projet, n'étaient pas affectés défavorablement, et partant ne suscitaient pas pour les intéressés de besoin de participer. Il ne faut pas oublier cette dimension défensive de la participation qui prend en compte la pratique citoyenne consistant à se mobiliser essentiellement lorsque des intérêts individuels ou collectifs sont affectés défavorablement. Dans ce domaine, il est de nombreuses hypothèses pour lesquelles des modifications portant sur des « *points mineurs* »¹⁷¹⁰ peuvent affecter défavorablement des situations individuelles sur lesquelles les intéressés ne pourront pas exprimer leur point de vue. En matière de documents d'urbanisme, spécialement dans le cadre d'un plan local d'urbanisme, le diable se cache souvent dans les détails du plan de zonage et du règlement, rendant une parcelle constructible ou inconstructible et affectant plus largement l'exercice du droit de propriété. Généralement, ce que le juge considère comme des modifications mineures ne remettant pas en cause l'économie générale du projet, parce qu'elles ne portent que sur quelques parcelles représentant une faible proportion à l'échelle du territoire concerné par le plan, risque d'être subjectivement ressenti comme une modification affectant profondément le droit de propriété sur laquelle les intéressés n'auront pas pu s'exprimer, quand bien même elle procéderait de l'enquête. Cette faiblesse intrinsèque du dispositif peut être notamment illustrée par un arrêt du Conseil d'État rendu le 4 juin 2014¹⁷¹¹, dans lequel il considère que « *la cour a relevé que la modification du zonage des parcelles cadastrées AO n° 346, 33, 34, 35 et 36, intervenue postérieurement à l'enquête publique, sans avoir été évoquée lors des débats intervenus ou des avis émis à l'occasion de l'enquête publique, n'avait pas été sollicitée par les propriétaires de ces parcelles, elle a cependant jugé à bon droit que cette modification devait être regardée comme procédant de l'enquête publique dès lors qu'elle était la conséquence logique, pour assurer la cohérence du zonage, de la décision prise par les auteurs du plan local d'urbanisme de faire droit aux demandes de changement de zone exprimées lors de l'enquête*

¹⁷¹⁰ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 79.

¹⁷¹¹ CE, 4 juin 2014, n° 365236, M. A...B....

*par le propriétaire de deux parcelles voisines se trouvant dans une situation comparable ; que le moyen d'erreur de droit doit, en conséquence, être écarté »*¹⁷¹². Ce qui résulte de l'enquête ne résulte pas de la volonté des personnes défavorablement affectées, qui peuvent plus facilement comprendre ces évolutions d'un projet au stade la concertation préalable quand le projet n'a pas vocation à être arrêté.

B – La participation précoce : une information préalable limitée à l'économie générale du projet

305. Qu'il s'agisse des procédures dites de concertation préalable ou de débat public, la participation citoyenne mise en place s'inscrit dans une même philosophie, à savoir l'association précoce du public « *pendant toute la durée de l'élaboration du projet* », comme le dispose le code de l'urbanisme depuis la loi du 18 juillet 1985, relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement¹⁷¹³, ou « *pendant toute la phase d'élaboration d'un projets, plans ou programmes, depuis l'engagement des études préliminaires jusqu'à l'ouverture de l'enquête publique (...) ou, en l'absence d'enquête publique, du mode de participation retenu* », selon l'article L. 121-1 du code de l'environnement. Ces expressions font écho à l'article 6 § 4 de la convention d'Aarhus, quand bien même il n'est pas d'application directe¹⁷¹⁴, qui stipule 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* ». Pour garantir l'esprit de la concertation portant sur un projet à construire progressivement avec le public, et

¹⁷¹² Pour un exemple remettant en cause l'économie générale, voir notamment CE, 30 décembre 1998, n° 171740 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et qu'il n'est d'ailleurs pas sérieusement contesté par la commune, que le rapport de présentation du plan d'occupation des sols de la commune de l'île Rousse soumis à enquête publique faisait apparaître, pour la zone U, une surface de 110 ha 80 a et, pour la zone N, une surface de 132 ha 20 a ; que le rapport de présentation du plan approuvé par la délibération attaquée du 17 mai 1990 faisait apparaître les surfaces de 117 ha pour la zone U et 126 ha pour la zone N ; que cette modification du plan, qui réduit sensiblement les zones naturelles au profit des zones urbaines, a eu pour effet, compte tenu notamment de la situation littorale de la commune de l'île Rousse, dont le territoire ne concerne que 243 hectares, de remettre en cause l'économie générale du plan d'occupation des sols* ».

¹⁷¹³ Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, JO, 19 juillet 1985, p. 8152. Cette loi avait codifiée l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, devenu aujourd'hui l'article L. 103-2.

¹⁷¹⁴ CE, 28 décembre 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *Rec.*, tables, p. 1143 ; *Envir.*, n° 40, mars 2006, note J.-M. FÉVRIER ; *JCP Adm.*, n° 53, 2006, note ROUAULT.

contrairement aux autres instruments participatifs, l'information préalable à destination du public doit être nécessairement limitée, donc ne pas être exhaustive (1), ce que tentent de concrétiser les régimes de la concertation par le code de l'urbanisme (2) et de la concertation et du débat public régis par le code de l'environnement (3).

1) *La non-exhaustivité de l'information, garante de l'esprit de la concertation*

306. Contrairement à la consultation, la concertation ne se limite pas à la mise en débat d'un projet d'ores-et-déjà arrêté, dont l'ensemble des caractéristiques techniques et financières sont déterminées. Au contraire, l'esprit de la concertation vise à l'élaboration conjointe, à la coconstruction d'un projet, plan ou programme, avec le public, même si l'administration n'est jamais tenue de suivre les différentes propositions, remarques et observations exprimées. Pour reprendre les propos du Conseil d'État, 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* »¹⁷¹⁵. Pour parvenir à cette coconstruction des projets, plans et programmes, la concertation implique un processus qui se prolonge dans le temps, puisque c'est en principe toute la phase d'élaboration du projet qui est concernée. Alors que la consultation n'a vocation à durer qu'un temps court, la concertation ne peut réellement se manifester que par l'organisation de plusieurs temps de travail successifs induisant une construction progressive et conjointe. Nous avons déjà brièvement évoqué les modalités selon lesquelles devait s'organiser un processus participatif pour pouvoir prétendre au label de concertation¹⁷¹⁶. Ainsi, idéalement, cette démarche devrait permettre successivement aux participants de se prononcer sur les enjeux d'un projet, plan ou programme, sur la base d'un diagnostic de la situation présente et des besoins, de formuler des propositions visant à répondre à ces enjeux, à partir desquelles l'administration élabore son projet, et enfin d'y réagir une fois que ce dernier est arrêté. Ainsi conçue dans son sens large, la concertation englobe nécessairement la phase préalable à l'arrêt du projet et la phase ultérieure de consultation du public. Et c'est seulement ainsi, pour

¹⁷¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 27.

¹⁷¹⁶ Voir *supra*, n° 278.

reprendre la formulation retenue par l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme, que peut apparaître une concertation associant le public « *pendant toute la durée de l'élaboration du projet* ». Au cours de ces développements, nous nous limiterons au sens restreint de la concertation se limitant à la phase préalable à l'arrêt du projet.

307. La concrétisation juridique de cette ambition reste difficile à mettre en œuvre. La notion de concertation, au sens restreint de la participation préalable à l'arrêt du projet, s'oppose à l'exigence d'une information complète, puisqu'elle vise justement à la construction progressive et conjointe d'un projet, plan ou programme. Par nature, le public doit être à même de formuler des propositions permettant à l'administration ou à un autre opérateur d'élaborer son projet. L'information donnée au public ne peut raisonnablement pas être une information sur le détail d'un projet, plan ou programme, sans quoi elle perdrait la philosophie propre au caractère précoce de la participation. La concertation ne peut inversement pas non plus être juridiquement organisée sans un minimum d'information sur le projet, plan ou programme envisagé, que ce soit son objet, ses objectifs et ses caractéristiques principales. Tout projet, plan ou programme répond d'abord à un besoin ou une ambition portée par une administration ou par un opérateur privé, en matière économique, sociale, environnementale ou encore pour répondre à des contraintes strictement juridiques. Organiser une participation sur la seule base d'enjeux socio-économiques ou juridiques révélerait une démarche insincère, puisque le responsable du projet, plan ou programme a déjà des intentions largement arrêtées lorsqu'il consulte. En effet, l'élaboration d'un schéma de cohérence territoriale ou d'un plan local d'urbanisme répond tout aussi bien à des considérations juridiques invitant l'administration à l'élaborer, le modifier ou le réviser, qu'à un projet de territoire porté par des équipes dirigeantes. Il en va de même des installations, ouvrages, travaux et aménagements, qui répondent à des stratégies territoriales et économiques déterminées par ces mêmes acteurs publics ou privés. La participation du public, même précoce, s'organise nécessairement autour d'une initiative publique ou privée sur la base d'un projet déjà déterminé dans son objet, ses objectifs et ses caractéristiques principales, de sorte que la concertation sert essentiellement la phase de détermination précise de ses caractéristiques techniques et financières, jusqu'à l'arrêt du projet. « *Une démarche de concertation ne peut valablement démarrer qu'après la formalisation minimale des intentions du projet (...)* Ce sont des projets non bouclés mais néanmoins préparés avec un minimum de

clarté qui doivent être soumis à concertation »¹⁷¹⁷. Dès lors, « le projet, dans la mesure où il est encore inabouti et ouvert à la discussion, sera donc décrit sommairement (notices de présentation "littéraires" ou simple exposé d'intentions) ou de manière imagée (maquettes, représentations graphiques) »¹⁷¹⁸. C'est seulement de cette manière que peut être résolue « la contradiction qui existe entre la volonté d'une consultation du public en amont du processus décisionnel et l'exigence d'une information complète sur les modalités techniques, le coût et l'implantation d'une opération »¹⁷¹⁹. En outre, il ne faut pas oublier que la concertation trouvera son public, comme tout processus participatif, si elle permet tout autant aux participants de construire le projet que de s'y opposer. La concertation reste souvent dans l'esprit du public un instrument de contestation, de contradiction, ce qui implique un droit de riposte à une proposition émise. Ce faisant, la diffusion de l'objet, des objectifs et des caractéristiques principales offre au public la faculté de réagir à l'opportunité du projet, plan ou programme, notamment en vue de soumettre des alternatives ou d'en réduire les incidences défavorables.

308. Afin de donner corps à cette exigence d'information préalable lors d'une procédure de concertation, la Charte de la concertation de 1996 proposait un cadre intéressant en trois phases dans son article 6, intitulé « *La concertation s'organise autour de temps forts* ». Il y était d'abord mentionné que « *la concertation est un processus qui se poursuit jusqu'à la réalisation effective du projet et même au-delà si nécessaire. Il est souhaitable que les partenaires de la concertation se mettent d'accord sur un cheminement, marqué par des étapes ou des temps forts, chacun donnant lieu à un rapport intermédiaire* ». Plus concrètement, cet article 6 proposait une première phase de concertation sur l'examen de l'opportunité du projet ; le public étant alors amené à émettre ses observations sur le contexte global, les enjeux socio-économiques, les options envisagées, les choix technologiques, techniques, économiques, les conséquences prévisibles de l'opération sur l'environnement, sur l'économie et sur le mode de vie et enfin, sur le bilan « coûts-avantage ». Il faut ici constater que la Charte de la concertation proposait une concertation sur la base d'un projet déjà bien défini dans ses éléments constitutifs, bien que non encore définitivement arrêté. Il ne s'agit aucunement de coconstruire progressivement un projet au regard des seuls enjeux socio-économiques recensés. La deuxième

¹⁷¹⁷ P. BIJOU, « Le recours à la concertation en urbanisme », *op. cit.*, p. 117-118.

¹⁷¹⁸ J.-P. DEMOUEAUX, « La concertation : un art de l'insuffisance », *Etudes foncières*, mars 1997, p. 32.

¹⁷¹⁹ V. LE COQ, *Pratique des enquêtes publiques. Les instruments juridiques de la participation des administrés à la décision publique*, Nouvelles éditions fiduciaires, 1995, p. 20.

phase de concertation portait sur la définition du projet ; la concertation devant permettre un examen des variantes et des éventuelles demandes des études complémentaires, de rechercher d'éventuelles mesures compensatoires et des garanties de fonctionnement. Pour finir, la troisième phase portant sur la réalisation du projet était composée de trois éléments : mise au point du projet, suivi de la réalisation et suivi des engagements du maître d'ouvrage. Si la dernière phase ne nous intéresse pas à ce stade, en ce qu'elle ne portait pas sur le droit à l'information préalable, il faut remarquer que cette charte avait pour ambition de proposer deux phases d'association du public pour tenter de donner du sens à la notion de concertation « *pendant toute la durée de l'élaboration* » ; la première phase visant l'économie générale du projet et la seconde le détail des solutions. Ces deux phases avaient vocation à reprendre les phases de concertation et de consultation déjà présentes en droit positif. Si la seconde phase transcrit avec les actuelles procédures de consultation avec le public qui portent sur le détail d'un projet, plan ou programme, les procédures de concertation ont quant à elles vocation à consacrer la première phase relative à la seule économie générale d'un projet, plan ou programme. Aujourd'hui, la nouvelle Charte de la participation du public de 2016 ne reprend pas cette précision, en termes de *soft law*, du contenu d'information préalable lors d'une concertation. Seules sont présentes quelques mentions à l'article 1^{er} indiquant que « *la nature du projet et ses enjeux, ainsi que le besoin auquel il répond sont clairement présentés* », et que « *le public a accès, dans les limites définies par la loi, à une information complète, transparente, sincère, pertinente et intelligible, tout au long de l'élaboration du projet, de sa conception à sa réalisation et à sa mise en œuvre* ».

Il convient surtout d'analyser ici la façon dont le droit positif transpose en termes de *hard law* cette exigence d'une information préalable ni insuffisante, ni trop complète lors d'une procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme, de concertation préalable et de débat public régies par le code de l'environnement.

2) *L'information préalable dans la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme : la nature, les objectifs et les options essentielles du projet*

309. Comme tout instrument de participation du citoyen à la décision administrative, la procédure concertation, imposée successivement par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme

puis par l'article L. 103-2 et suivants du code de l'urbanisme, se caractérise classiquement par une exigence d'information préalable. Le public est invité à participer et à prendre connaissance d'un projet en cours d'élaboration. Pour garantir l'esprit de la concertation, c'est-à-dire une association du public sur la base d'un projet non arrêté, le législateur a fait le choix de ne pas définir avec précision la méthode à employer, puisqu'il revient simplement à l'autorité organisatrice de « préciser »¹⁷²⁰ les « objectifs poursuivis et les modalités de la concertation »¹⁷²¹, lors de la délibération conjointe ou dans le cadre de délibérations séparées¹⁷²². En outre, il est prévu que les modalités de concertation doivent notamment permettre au public « d'accéder aux informations relatives au projet »¹⁷²³. En l'absence de précision textuelle, il est logiquement revenu au juge administratif de préciser les contours de cette exigence au regard de ce droit à l'information préalable du public lors d'une concertation. Si la jurisprudence en la matière est emprunte d'une casuistique propre à chaque espèce, il n'en ressort pas moins quelques exigences essentielles devant être respectées en toute hypothèse en matière d'information du public pour garantir l'esprit de la concertation.

310. Le public doit en premier lieu être averti de la nature, c'est-à-dire de l'objet du projet, plan ou programme envisagé. Plusieurs exemples jurisprudentiels illustrent cette première exigence. Peut notamment être évoqué l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 4 janvier 2012, « Commune de Saint-Eloi »¹⁷²⁴, rendu à propos d'une délibération du conseil municipal prescrivant la procédure de révision simplifiée du plan local d'urbanisme et omettant de préciser son objet. Dans cette affaire le juge déclare la procédure irrégulière après avoir constaté que cette délibération « se borne à faire état d'un projet d'aménagement d'entrée de ville, sans préciser son objet, consistant en la réalisation d'une zone commerciale, ni même sa localisation dans le secteur dit Bouchot ; que l'avis de concertation (...) ne contient pas davantage d'informations quant à l'objet de la procédure engagée ; que la délibération du conseil municipal de Saint-Eloi du 1er décembre 2008, censée dresser un premier bilan de la

¹⁷²⁰ Avant la loi ALUR, l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme précisait que ces objectifs étaient « fixés » par l'autorité compétente. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO*, n° 0072, 26 mars 2014, p. 5809 (article 170) texte n° 1.

¹⁷²¹ Article L. 103-3 du code de l'urbanisme.

¹⁷²² CE, 17 avril 2013, n° 348311, Commune de Ramatuelle, *Rec. ; AJDA*, 2013, p. 823 ; *ibid.*, p. 1931, note E. CARPENTIER ; *RDI*, 2013, p. 488, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT*, 2013, p. 476, obs. J.-B. SIBILEAU ; *Constr.-Urb.*, 2013, comm. 82, note L. SANTONI ; *DAUH*, 2014, p. 177, n° 88, chron. B. DELAUNAY ; voir aussi CAA Marseille, 27 août 2014, n° 13MA01570, M. Augier, *BJDU* 6/2014, p. 496, chron. M. REVERT.

¹⁷²³ Article L. 103-4 du code de l'urbanisme.

¹⁷²⁴ CAA Lyon, 4 janv. 2012, n° 11LY00679, Commune de Saint-Éloi, *Envir.*, 2012, n° 20, obs. GILLIG.

concertation (...) ne fait pas état de la présentation au public, par quelque procédé que ce soit, de documents préparatoires exposant l'objet et les enjeux de la révision simplifiée du plan local d'urbanisme ; que la délibération contestée (...) indique elle-même que le projet a été dévoilé au public le 8 décembre 2008, date correspondant à l'ouverture de l'enquête publique et à laquelle, en conséquence, la phase de concertation avait nécessairement pris fin ».

Cette connaissance de l'objet du projet, plan et programme se prolonge dans l'énoncé exprès des « modalités juridiques exactes de l'opération », comme l'a rappelé un arrêt de la Cour administrative de Marseille du 5 janvier 2016, « Association Défense Triolet bourg »¹⁷²⁵, rendu à propos d'une délibération ne précisant pas explicitement le recours à la technique de la zone d'aménagement concerté. Partant, « faute de connaître les modalités juridiques exactes de l'opération dont il était saisi, le conseil municipal n'a pu identifier concrètement et débattre réellement des objectifs précisément poursuivis ni les fixer, au moins dans leurs grandes lignes, la population communale n'étant pas mise à même, dans le cadre de la concertation, de participer sérieusement et en toute connaissance de cause à l'élaboration d'un projet de création de ZAC déterminé dès l'origine ».

311. Cette connaissance de la nature et de l'objet ne suffit pas. Il faut en outre que la délibération prescrivant l'élaboration du projet, plan ou programme, porte « au moins dans leurs grandes lignes »¹⁷²⁶ sur les objectifs poursuivis par l'autorité qui en est responsable, afin qu'« une réelle concertation soit engagée avec les habitants »¹⁷²⁷. En effet, comme l'indique E. Carpentier, « plus les objectifs poursuivis par la procédure sont déterminés précisément dès le départ, et moins la concertation présente d'utilité »¹⁷²⁸, en ce qu'elle ne permet plus au public d'influer sur le contenu du projet, plan ou programme à construire progressivement. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence se suffit d'une présentation des objectifs poursuivis dans leurs grandes lignes. Mais, puisque du contenu de cette délibération dépend indirectement l'étendue de l'information adressée au public¹⁷²⁹, la jurisprudence s'intéresse à sa rédaction et

¹⁷²⁵ CAA Marseille, 5 janv. 2016, n° 14LY01319, Assoc. Défense Triolet bourg, *RDI*, 2016, p. 555, note SOLER-COUTEAUX.

¹⁷²⁶ CE, 10 févr. 2010, n° 327149, Cne de Saint-Lunaire, *Rec.*, p. 1012 ; *AJDA*, 2010, p. 294, note VINCENT ; *RDI*, 2010, p. 333, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *BJDU*, 3/2010, p. 182, concl. L. DEREPAIS.

¹⁷²⁷ CAA Lyon, 13 nov. 2014, n° 13LY03241. Voir aussi CAA de Marseille, 7 juillet 2016, n° 15MA02093 : « de telle sorte que la population, dans le cadre de la concertation, n'a pu être mise à même de participer utilement à l'élaboration du projet ».

¹⁷²⁸ E. CARPENTIER, « De Saint-Lunaire à Saint-Bon-Tarentaise : itinéraire d'une jurisprudence en quête d'équilibre », *RFDA*, 2017, p. 790.

¹⁷²⁹ CAA Lyon, 13 novembre 2014, n° 13LY03241.

la sanctionne lorsque les objectifs sont présentés par des mentions « *excessivement générales et dépourvues de réelle consistance* »¹⁷³⁰. Nombreuses sont les collectivités qui ont vu leur procédure remise en cause par la jurisprudence, notamment dans le cadre de l'élaboration ou la révision d'un plan local d'urbanisme¹⁷³¹.

Sont jugées insuffisantes les délibérations se bornant à faire état de considérations générales, « *d'enjeux et de contraintes légales, opposables à toute révision de document d'urbanisme* »¹⁷³². Il en va ainsi d'abord des délibérations se bornant à indiquer que le plan d'occupation des sols « *ne correspond plus aux exigences actuelles de l'aménagement et qu'il est nécessaire de réorienter l'urbanisme de la commune* »¹⁷³³, « *que les plans d'occupation des sols sont désormais remplacés par des plans locaux d'urbanisme [et] que les communes actuellement dotées d'un plan d'occupation des sols partiel doivent élaborer sans délai un plan local d'urbanisme couvrant l'intégralité de leur territoire* »¹⁷³⁴, ou encore que le plan d'occupation des sols de la commune ne répondait plus aux exigences actuelles, telles que définies notamment par la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, et que la révision de ce document devait permettre de caractériser le fonctionnement général et l'environnement morphologique de la commune, de dégager et hiérarchiser les forces et les faiblesses du territoire communal, de définir les enjeux au regard de l'intégration urbaine, la qualité architecturale et paysagère et de proposer un projet de développement durable¹⁷³⁵. Il en va également ainsi de délibérations se bornant à préciser des objectifs thématiques dépourvus de toute précision d'un enjeu local. Ont été à ce titre sanctionnées des délibérations se fixant pour objectif de « *favoriser le développement économique du territoire (...) prendre en compte les préoccupations communales en matière d'accessibilité, de déplacements, de performance énergétique des bâtiments (...) favoriser le développement équilibré du territoire communal au travers la protection des espaces naturels et agricoles et le renouvellement urbain (...) incorporer les nouveaux outils et nouvelles exigences nationales apportés par les lois du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite loi Grenelle II et du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, à savoir toutes mesures visant la*

¹⁷³⁰ CAA Lyon, 29 nov. 2011, n° 10LY01907, Cne de Seyssuel, *AJCT*, 2012, p. 218, obs. J.-P. STREBLER ; *RDI*, 2012, p. 113, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *Envir.*, 2012, n° 13, obs. D. GILLIG.

¹⁷³¹ Sur le régime contentieux de la concertation, voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

¹⁷³² G. ROUX, « Les conséquences de l'insuffisante définition initiale des objectifs du futur plan local d'urbanisme », conclusions sur CAA Nantes, 12 novembre 2015, n° 14NT01283, *AJDA*, 2016, p. 1250.

¹⁷³³ *Idem*.

¹⁷³⁴ CAA Marseille, 17 mars 2011, n° 09MA00821, M. Jean-Michel A. contre Commune de Ramatuelle.

¹⁷³⁵ Voir aussi CAA Nantes, 14 déc. 2012, n° 11NT00513, *Envir.*, 2013, n° 22, note GILLIG ; CAA Bordeaux, 26 févr. 2013, n° 11BX03359 ; CAA Lyon, 11 mars 2014, n° 13LY01054 ; ou encore CAA Marseille, 6 janvier 2017, n° 16MA00765.

réduction des émissions de gaz à effet de serre et toutes mesures visant à limiter l'atteinte aux espaces agricoles »¹⁷³⁶ ; le simple « *développement cohérent de nouveaux espaces urbanisables, l'harmonisation et l'amélioration de la qualité de vie dans les espaces urbanisés, l'adéquation au SCoT* »¹⁷³⁷ ; l'indication selon laquelle « *en vue de favoriser le renouvellement urbain et de préserver la qualité architecturale et l'environnement, il importe que la commune réfléchisse sur ses orientations en matière d'urbanisme, d'aménagement et de développement durable ; il apparaît nécessaire de définir clairement l'affectation des sols et d'organiser l'espace communal pour permettre un développement harmonieux de la commune* »¹⁷³⁸.

La jurisprudence requiert en effet un minimum de précision sur le « *contexte local* »¹⁷³⁹, l'« *enjeu local* »¹⁷⁴⁰ ou encore sur les « *enjeux et orientations du parti d'aménagement* » recherché ou retenu¹⁷⁴¹. Comme l'indique le rapporteur public G. Roux, la jurisprudence exige que l'administration fixe, « *même en quelques mots, une ou des orientations particulières de développement démographique ou économique, un parti pris d'urbanisation, une démarche, une ou des parties du territoire concernée(s) ou ne serait-ce que le sens dans lequel le mouvement d'aménagement sera impulsé. Les premières tendances du parti pris d'urbanisation qui justifient la mise en révision du plan doivent avoir été approuvées* »¹⁷⁴². Tout reste affaire de circonstances. Dans ce cadre, a été validée une délibération indiquant comme objectifs la « *redynamisation du centre-ville en favorisant la mixité sociale, l'optimisation du foncier et l'amélioration des circulations piétonnes, de transformer la route départementale RD 810 dans le secteur commercial en véritable avenue urbaine cumulant une mixité de fonctions (commerces, bureaux, logements) et des modes de déplacements (piétons, vélos et transports en commun) en facilitant la création de contre-allées, d'aménager les pénétrantes vers la partie intérieure de la commune en améliorant les liens entre les quartiers, de mettre en valeur la plaine de l'Uhabia en créant un véritable espace de loisirs et de découverte du milieu naturel, d'assurer la cohérence des équipements et des activités sportives dans ce même secteur et d'assurer la cohérence des équipements et des activités scolaires et périscolaires dans le vallon d'Ur Onéa* »¹⁷⁴³. De la même façon, le juge a validé la détermination des objectifs

¹⁷³⁶ CAA de Marseille, 24 juin 2016, n° 15MA03926.

¹⁷³⁷ CAA de Marseille, 20 septembre 2016, n° 15MA02814.

¹⁷³⁸ CAA de Nantes, 28 septembre 2016, n° 15NT01305.

¹⁷³⁹ CAA de Marseille, 24 juin 2016, n° 15MA03926.

¹⁷⁴⁰ CAA de Nantes, 28 septembre 2016, n° 15NT01305.

¹⁷⁴¹ Voir CAA Lyon, 11 mars 2014, req. n° 13LY01054 ; CAA de Marseille, 7 juillet 2016, n° 15MA02093.

¹⁷⁴² G. ROUX, « Les conséquences de l'insuffisante définition initiale des objectifs du futur plan local d'urbanisme », conclusions sur CAA Nantes, 12 novembre 2015, n° 14NT01283, *op. cit.*

¹⁷⁴³ CAA de Bordeaux, 5 juillet 2016, n° 14BX01047.

consistant à « *développer de nouvelles zones d'habitat en étudiant leur organisation et leur forme en fonction notamment des préoccupations de développement durable (densification, maisons à faible consommation d'énergie, implantation respectueuse de la forme du terrain), prévoir la protection de l'environnement et la mise en valeur des paysages, étudier et proposer éventuellement la création d'une ZPPAUP (zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager), préserver et soutenir l'activité agricole, préciser les caractéristiques des voies de circulation à créer ou à modifier, en favorisant les itinéraires sécurisés (cyclables ou piétons) et en privilégiant les liaisons douces dès que possible, confirmer, modifier ou créer des réserves de terrains en fonction des projets d'intérêt général* »¹⁷⁴⁴. Autre illustration, la validation de l'ambition de répondre à l'évolution des contextes sociodémographiques, économiques et réglementaires rencontrés ainsi qu'aux besoins et attentes de la commune dans le cadre de cinq objectifs ainsi identifiés : « *prendre en compte les orientations du SCOT et les dispositions réglementaires issues des lois "Grenelle", maîtriser et phaser le développement de la commune et son organisation urbaine, encourager la mixité de l'habitat en favorisant l'offre locative et la diversité des logements et organiser les conditions d'accès et d'aménagement des futures zones à urbaniser par le biais d'orientations d'aménagement et de programmation notamment, assurer la préservation des terres agricoles et des espaces naturels de valeur* »¹⁷⁴⁵. Les exemples en la matière sont nombreux et empreints de subtilité de sorte que, selon les circonstances propres à chaque affaire, les juges peuvent s'avérer tantôt souples¹⁷⁴⁶, tantôt sévères¹⁷⁴⁷ quant à l'appréciation du caractère suffisant de la détermination de ces objectifs.

Cette délibération fixant les objectifs du projet, plan ou programme constitue en quelque sorte le point de départ du processus de concertation avec le public. L'énoncé de ces objectifs, sous forme d'intentions d'aménagement, permet de poser les bases de ce qui constituera le contenu des échanges avec le public en vue de l'élaboration progressive d'un projet y répondant. L'esprit du dispositif de concertation consiste bien ici à permettre au public de se prononcer sur les grands axes d'un projet urbain ou une opération d'aménagement qui se

¹⁷⁴⁴ CAA de Nantes, 5 décembre 2016, n° 15NT02004.

¹⁷⁴⁵ CAA de Nancy, 19 janvier 2017, n° 16NC00912.

¹⁷⁴⁶ Pour des exemples, voir notamment CAA Nancy, 3 avr. 2014, n° 13NC01614 ; CAA Nantes, 2 mai 2014, n° 13 NT02832 ; CAA Nantes, 11 juill. 2014, n° 13NT02415 ; CAA Lyon, 10 juill. 2014, n° 12LY22369 ; CAA Nantes, 28 nov. 2014, n° 13NT01517 ; CAA Douai, 22 janv. 2015, n° 13DA00873 ; CAA Bordeaux, 13 octobre 2016, n° 14BX02688 ; CAA de Marseille, 20 octobre 2016, n° 15MA01932 et 15MA01933 ; CAA de Marseille, 16 décembre 2016, n° 16MA01501.

¹⁷⁴⁷ A ce titre voir CAA Lyon, 13 nov. 2014, n° 13LY03241, à propos d'une délibération qui semblait en apparence assez précise.

précisera progressivement à la suite des échanges avec l'ensemble des acteurs prenant part à la concertation en vue de son adoption, s'il s'agit d'une zone d'aménagement concerté, ou de son arrêt préalable à la phase de consultation du public, dans le cadre d'une opération d'aménagement ou d'un document d'urbanisme.

312. Cette expression d'une concertation avec le public tout au long de l'élaboration du projet, plan ou programme, débutant par une diffusion d'objectifs généraux adaptés à la situation locale, se prolonge dans le cadre de la troisième et dernière composante de l'information préalable, qui se caractérise par un plus fort degré de précision, de sorte que le public soit informé des principales caractéristiques du projet, plan ou programme envisagé. Il résulte en effet de la jurisprudence que, durant une concertation, le public doit être en mesure de se prononcer à un moment donné sur la « *nature* » mais surtout sur les « *options essentielles* » du projet, plan ou programme envisagé. Cette exigence, permettant de donner du sens à la notion d'« *informations relatives au projet* »¹⁷⁴⁸, résulte d'une lecture *a contrario* de la jurisprudence apparue à partir des années 1990 qui, en la matière, ne se caractérise pas par un fort degré de lisibilité. Dans un premier temps, le Conseil d'État, dans un arrêt du 18 mars 1994, a jugé « *qu'à l'achèvement de la concertation (...), le conseil municipal peut légalement adopter un projet comportant des modifications par rapport aux prévisions portées précédemment à la connaissance des habitants, des associations locales et des autres personnes concernées, dès lors que ces modifications n'affectent ni la nature, ni les options essentielles de l'opération d'aménagement envisagée* », sauf à devoir renouveler la procédure. Cela signifie implicitement que le public doit être justement informé au cours de la concertation de la nature et des options du projet envisagé et que ces éléments constituent l'engagement pris par la collectivité vis-à-vis du public participant. Si l'administration modifie substantiellement son projet, c'est-à-dire sa nature et ses options essentielles, le lien est rompu et la procédure doit être renouvelée intégralement. Parallèlement, dans un éminent arrêt « *Association Aquitaine Alternatives* » du 6 mai 1996¹⁷⁴⁹, ce même Conseil d'État semblait affirmer le contraire en affirmant que « *la concertation (...) doit se dérouler avant que le projet*

¹⁷⁴⁸ Article L. 103-4 du code de l'urbanisme.

¹⁷⁴⁹ CE, sect, 6 mai 1996, Association Aquitaine Alternatives, *Rec.*, p. 144 ; *CJEG*, 1997, p. 9, conclusions D. PIVETEU ; *DA*, 1996, comm. N° 461, note B. LAMORLETTE : « *Considérant que la concertation prévue par les dispositions précitées doit se dérouler avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre desquels figurent notamment les marchés de maîtrise d'œuvre de travaux, les déclarations d'utilité publique et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet* ».

ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre desquels figurent notamment les marchés de maîtrise d'œuvre de travaux, les déclarations d'utilité publique et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet ». Une lecture un peu trop rapide de cette jurisprudence aurait pu faire penser que la haute juridiction administrative souhaitait garantir que la concertation ne porte justement pas sur un projet se caractérisant par sur un trop fort degré de précision, à savoir sur la nature et les options essentielles du projet, mais qu'elle devait se limiter à ses seuls objectifs généraux en vue de l'élaboration conjointe du projet. Or, ce n'est ici pas sur l'expression « *sa nature et ses options essentielles* » que porte l'interdiction fixée par l'arrêt « Association Aquitaine Alternatives », mais sur la formule « *avant que le projet ne soit arrêté (...) et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre desquels figurent notamment les marchés de maîtrise d'œuvre de travaux, les déclarations d'utilité publique et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet* ». En effet, il importe en réalité peu au juge que la nature et les options essentielles d'un projet soient identifiées avant le début de la concertation, ce qui constitue même une contrainte positive au regard de la jurisprudence du 18 mars 1994 pour permettre au public de se prononcer en toute connaissance de cause. Ce que le juge censure ici, c'est la position de l'administration consistant à arrêter formellement son projet avant même que la phase de la concertation ne soit close, ce qui en constitue une violation manifeste, puisque la concertation doit justement aboutir à l'arrêt du projet. C'est donc tout logiquement que le juge censure l'intervention des actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre desquels figurent notamment les marchés de maîtrise d'œuvre de travaux, les déclarations d'utilité publique et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet, avant la clôture de la phase de concertation¹⁷⁵⁰.

Dès lors, on le voit, pour que l'exigence d'information préalable lors d'une concertation soit respectée, il convient que l'administration présente au public, au cours de la concertation, un projet d'ores-et-déjà bien avancé dans sa nature et dans ses options essentielles. Va dans ce sens le jugement du Tribunal administratif de Versailles du 25 mai 1993, « *Comité de défense*

¹⁷⁵⁰ Voir notamment CE, 13 mars 1998, n° 138460, Communauté urbaine de Bordeaux ; CAA de Bordeaux, 3 novembre 2005, n° 02BX02347. Voir aussi CAA de Bordeaux, 7 avril 2017, n° 15BX01520 : « *Il ressort des pièces du dossier qu'au cours de l'année 2010, la communauté urbaine de Bordeaux a lancé un appel à projets sur le thème " 50 logements nouveaux autour des axes des transports publics ". Dans ce cadre, une équipe d'urbanistes et d'architectes a élaboré une étude sur le traitement des franges et lisières urbaines posant l'aménagement d'un écoquartier de troisième génération à Eysines. Toutefois, cette étude comportait seulement des propositions d'aménagement ayant nourri la réflexion de la communauté urbaine de Bordeaux et non un programme qui aurait été arrêté dans ses options essentielles avant même l'engagement de la concertation* ».

du Parc et autres c/ Commune de Houilles »¹⁷⁵¹ jugeant insuffisante la concertation se bornant à une simple information des habitants de l'intention générale de réaliser un programme de logements, bureaux et commerces en centre-ville au sein d'une zone d'aménagement concerté, et ce avant tout commencement d'élaboration dudit projet. La concertation ne peut se cantonner à de simples intentions, c'est-à-dire aux seuls objectifs de la concertation¹⁷⁵². Au regard de cette exigence, il revient à la collectivité de « *présenter aux habitants de la commune les éléments principaux du projet* »¹⁷⁵³ ou encore l'« *économie générale du projet* »¹⁷⁵⁴. Le niveau de détail n'est jamais positivement précisé par la jurisprudence, qui se contente simplement de censurer les écarts substantiels entre le projet initialement présenté au public et le projet tel qu'il est arrêté ou adopté ultérieurement pour tenir compte des résultats de la concertation avec le public ou avec les personnes publiques associées¹⁷⁵⁵. Pour tenter d'éclaircir les contours de ces exigences, divers éléments peuvent être évoqués.

Pour une opération d'aménagement, il convient de présenter le projet dans ses caractéristiques principales tenant à la nature et aux critères techniques et financiers. Il serait judicieux en la matière d'étendre les précisions apportées par la loi ALUR du 24 mars 2014¹⁷⁵⁶ à l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme pour les concertations décidées au cas par cas ou sur la base d'une délibération cadre, et portant sur des projets de travaux ou d'aménagements soumis à permis de construire ou à permis d'aménager et situés sur un territoire couvert par un schéma de cohérence territoriale, par un plan local d'urbanisme ou par un document d'urbanisme en tenant lieu ou par une carte communale. Le contenu de l'information y est en effet mieux détaillé, puisque « *dans ce cas, le maître d'ouvrage transmet à l'autorité compétente pour statuer un dossier de présentation du projet comportant au moins une description de sa localisation dans l'environnement et sur le terrain concerné, sa destination, les caractéristiques des constructions ou aménagements envisagés, comprenant un avant-projet architectural dans*

¹⁷⁵¹ TA Versailles, 25 mai 1993, Comité de défense du Parc et autres c/ commune de Houilles, *Etudes foncières*, sept. 1993, p. 42.

¹⁷⁵² Une jurisprudence affirme à tort le contraire. CAA Marseille, 15 juin 2006, n° 02MA03097 : « *il résulte des dispositions mêmes de l'article L.300-2 du code précité que la concertation doit être organisée avant que le projet de POS ne soit arrêté, dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la concertation a été organisée avant que les grandes lignes du nouveau POS aient été fixées et celui tiré de l'insuffisance de la concertation préalable ne peuvent qu'être écartés* ».

¹⁷⁵³ CAA Marseille, 9 juin 2015, n° 12MA03429.

¹⁷⁵⁴ CE, 3 septembre 1997, n° 171916, Lamy ; CE, 16 mai 2012, n° 314564, Sté de protection des paysages de l'île d'Oléron, *BJDU* 6/2012, p. 437, obs. J.TREMEAU.

¹⁷⁵⁵ Voir notamment CE, 26 févr. 2014, n° 351202, Sté Gestion camping caravaning, *Rec., tables ; AJDA*, 2014, p. 477 ; *BJDU*, 2014, p. 198, concl. LALLET, obs. X. de L. ; *JCP A*, 2015, p. 2088, chron. VANDERMEEREN.

¹⁷⁵⁶ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO*, n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809 (article 170).

le cas où le projet comporte des bâtiments, ainsi que la desserte du projet par les équipements publics et l'aménagement de ses abords (...) ». Ces éléments ont vocation à épuiser l'ensemble des données à transmettre au public. Dans la logique des choses, ce sont bien ces mêmes informations qui doivent être diffusées au public dans le cadre de la concertation systématiquement requise pour les opérations d'aménagement aux titres des articles L. 103-2 et suivants. Sur cette base, le projet pourra tout à fait être amendé tant que l'économie générale du projet n'est pas altérée. Dans ce cadre, le Conseil d'État a par exemple pu juger que la modification sur une courte distance d'un tronçon de route nationale n'affecte ni la nature ni les options essentielles du projet¹⁷⁵⁷. Ce faisant, en matière d'opérations d'aménagement, l'exigence d'information préalable sur l'économie générale du projet ne diffère pas substantiellement de celle qui doit être fournie au stade ultérieur de consultation du public qui est similaire.

Pour une zone d'aménagement concerté, le public doit être informé de son périmètre, même s'il peut être en définitive légèrement différent de celui figurant au projet initialement rendu public¹⁷⁵⁸, des orientations et des équilibres de la zone relatifs à la densité de logement, aux impacts sur le milieu naturel et paysager et sur le milieu urbain¹⁷⁵⁹. Le projet peut inversement ne faire état à ce stade d'aucun projet d'exonération de la taxe locale d'équipement d'une partie des constructions, dont l'apparition dans la décision de création ne constitue pas une modification de l'économie générale¹⁷⁶⁰. Il faut rappeler que pour les zones d'aménagement concerté, la phase de concertation épuise la participation du public, puisqu'aucune phase de consultation n'est ultérieurement organisée.

Enfin, pour un document d'urbanisme, il n'est pas nécessaire au cours de la concertation qu'une présentation soit faite du règlement d'un plan local d'urbanisme ou du document d'orientation et d'objectifs d'un schéma de cohérence territoriale. L'autorité locale doit cependant être en mesure de présenter les orientations du plan d'aménagement et de développement durable, notamment les objectifs de maîtrise de l'urbanisation, ainsi qu'une

¹⁷⁵⁷ CE, 17 mai 2000, n° 203032. Voir aussi par exemple CAA de Nantes, 7 décembre 2012, n° 11NT01812.

¹⁷⁵⁸ CE, 18 mars 1994, n° 136634, Copropriété Le Melchior, *Rec.*, tables, p. 1244 ; *DA*, 1994, n° 298 : « à l'achèvement de la concertation prévue par ces prescriptions, le conseil municipal peut légalement adopter un projet comportant des modifications par rapport aux prévisions portées précédemment à la connaissance des habitants, des associations locales et des autres personnes concernées, dès lors que ces modifications n'affectent ni la nature, ni les options essentielles de l'opération d'aménagement envisagée ».

¹⁷⁵⁹ CAA Nantes, 15 janvier 2016, n° 14NT03081.

¹⁷⁶⁰ CE, 3 septembre 1997, n° 171916, Lamy.

proposition de plan de zonage¹⁷⁶¹, même s'ils peuvent être rectifiés à la marge tant que cela n'affecte pas la nature ou les options essentielles du document projeté ou son économie générale. Ainsi en va-t-il des modifications apportées à la suite de la concertation au classement de certaines parcelles compte tenu de leur faible importance¹⁷⁶² ou encore de la forte réduction voire la suppression totale d'une zone à urbaniser¹⁷⁶³. De manière générale, le public doit ainsi être en mesure de prendre connaissance des « *grandes lignes directrices du plan* »¹⁷⁶⁴ et des principaux éléments qui y sont projetés en termes de maîtrise de l'urbanisation et de l'aménagement. Il n'est pas nécessaire que tous les détails du projet de plan soient soumis au public au stade de la concertation, puisque ces données ont vocation à composer le dossier d'information de l'enquête publique ultérieure.

313. La construction de ce régime de la concertation avec le public permet de donner corps à l'esprit d'une concertation durant toute l'élaboration du projet, en vue de sa coconstruction progressive jusqu'à l'arrêt du projet, ouvrant la phase de consultation du public. En effet, ce régime permet au public d'être informé, dans un premier temps, de la nature et des objectifs d'un projet, avant que lui soient soumis, dans un second temps, ses options essentielles, son économie générale, puis enfin, au stade de la consultation, un projet arrêté et annexé des pièces complémentaires exigées par les lois et règlements. Des objectifs initialement fixés au stade de la délibération initiale, il peut tout à fait ressortir un projet qui s'en écarte assez largement. Comme l'indique L. Dutheillet de Lamotte, à propos de l'élaboration d'un plan local d'urbanisme, « *la concertation (...) va permettre de réfléchir aux objectifs poursuivis. Cette*

¹⁷⁶¹ Par exemple CAA Bordeaux, 18 avril 2013, n° 12BX01967, Commune de Biganos, *AJDA*, 2013, p. 2293 ; *DAUH*, 2014, p. 177, n° 89, chron. DELAUNAY : lors d'un projet de révision d'un plan local d'urbanisme, le public a pu prendre connaissance, outre du zonage envisagé et du projet de recomposition du centre-ville de la commune, du projet d'aménagement et de développement durable d'ores-et-déjà arrêté à ce stade.

¹⁷⁶² CAA de Bordeaux, 20 octobre 2008, n° 06BX01493 : reclasser des terrains en zones agricoles ou naturelles, à créer un sous-secteur à l'intérieur d'une zone agricole et d'une zone urbaine et à apporter des rectifications aux emplacements compte tenu de leur faible importance (2,5 % du territoire) ; Voir aussi CAA de Bordeaux, 30 septembre 2010, n° 09BX01205 ; CAA de LYON, 5 décembre 2017, n° 16LY01791 : le projet de PLU qui a été arrêté par le conseil municipal de Saint-Martin-sur-la-Chambre le 17 mai 2013 afin d'être soumis à enquête publique retient, pour le secteur qui les concerne, un classement en zone agricole inconstructible, alors que le projet présenté par la commune au cours de la procédure de concertation, notamment lors des réunions publiques qui se sont tenues les 30 avril 2010 et 14 décembre 2012, prévoyait le maintien de ce secteur en zone d'urbanisation future – superficie de quatre hectares de terrains non bâtis.

¹⁷⁶³ CAA de LYON, 18 juillet 2017, n° 15LY02160 : « *la commune avait opté dès le mois de mai 2011 pour une réduction importante de la superficie des terrains classés en zones d'activités futures, de 37 ha dans le plan local d'urbanisme adopté en 2008 à 4 ha ; que, toutefois, si la commune a finalement décidé à la fin de la phase de concertation, compte tenu du potentiel agricole des terres et des friches industrielles à réhabiliter, de supprimer totalement les zones d'urbanisation future classées AUE* ».

¹⁷⁶⁴ CAA Nancy, 20 février 2018, n° 17NC01364 : constatant simplement une présentation des « *grandes lignes directrices du plan* ».

*concertation permet un dialogue avec la commune, qui va préciser ses intentions ; la concertation n'est d'ailleurs nullement limitée par les objectifs délibérés par le conseil municipal et doit au contraire permettre de les enrichir, compléter, modifier, voire de les remettre complètement en cause »*¹⁷⁶⁵. Dans un deuxième temps, le public est ensuite invité à se prononcer de nouveau lorsque les options essentielles et l'économie générale du projet auront été élaborées.

Or, il faut également se garder de tout optimisme. Si le régime juridique de la concertation permet et incite à l'élaboration progressive du projet, il ne la garantit nullement. Rien n'empêche en effet que les caractéristiques principales, voire l'ensemble des caractéristiques techniques et financières d'un projet, plan ou programme soient d'ores-et-déjà retenues au stade de la décision fixant les objectifs poursuivis par la concertation. Nous avons vu que la délibération fixant les objectifs poursuivis par le projet, plan ou programme ne constitue déjà pas le véritable point de départ de son élaboration, puisqu'il est demandé au responsable d'en préciser au moins les grandes lignes. Un travail d'instruction du projet a donc nécessairement été réalisé en amont. Dans la pratique, par exemple, les objectifs poursuivis ont vocation à anticiper largement les futures orientations générales d'un projet d'aménagement et de développement durable d'un schéma de cohérence territoriale ou d'un plan local d'urbanisme. Ainsi conçue, la concertation peut tout à fait porter sur un projet, plan ou programme dont l'instruction est déjà bien avancée. Il suffit juridiquement que le responsable se garde de prendre une délibération en arrêtant la nature et les options essentielles. « *Le risque est qu'une commune, à cette phase de la procédure, ne soit tentée de dissimuler l'état de préparation réel du projet, et ne présente de celui-ci, sous prétexte d'inaboutissement, qu'une version imprécise ou édulcorée. Il est très difficile à des administrés, tenus à l'écart du calendrier d'élaboration d'un projet, d'apporter la preuve d'une telle dissimulation »*¹⁷⁶⁶. Pire encore, rien ne semble juridiquement empêcher que, dès le départ, la concertation avec le public s'organise directement et cumulativement sur les objectifs et l'économie générale du projet. Le droit positif n'impose pas que ces informations soient transmises en deux temps distincts. Pour le juge administratif, si « *la concertation doit associer les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées pendant toute la durée de l'élaboration du projet il n'en ressort pas que des réunions doivent être nécessairement organisées à intervalles réguliers jusqu'au*

¹⁷⁶⁵ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Plans d'urbanisme : les limites de la théorie des opérations complexes », conclusions sur CE, sect. 5 mai 2017, n° 388902, Commune de Saint-Bon-Tarentaise, *RFDA*, 2017, p. 783.

¹⁷⁶⁶ J.-P. DEMOUVEAUX, « La concertation : un art de l'insuffisance », *op. cit.*, p. 32.

terme de cette procédure »¹⁷⁶⁷. Dans cette hypothèse, il ne reste plus grand-chose de l'esprit d'une concertation permettant l'élaboration progressive d'un projet avec le public. Cette procédure se limite alors à l'esprit d'une consultation sur un pré-projet, dont il n'est pas certain qu'il ne dissimule pas un projet déjà avancé. Cette absence de garantie d'élaboration progressive d'un projet caractérise également les dispositifs de concertation et de débat public régis par le code de l'environnement.

3) *L'information préalable dans les procédures de concertation et de débat public régies par le code de l'environnement*

314. Pour les procédures de concertation et de débat public régies par le code de l'environnement, l'information se limite également à l'objet, aux objectifs et aux principales caractéristiques du projet, plan ou programme.

L'article L. 121-1 du code de l'environnement précise tout aussi bien la philosophie des dispositifs que le contenu de l'information préalable lorsqu'il dispose que « *la Commission nationale du débat public peut décider d'organiser un débat public ou une concertation préalable permettant de débattre (...) des caractéristiques principales du projet ou des (...) principales orientations du plan ou programme (...)* ». Lorsque la Commission nationale décide d'organiser un débat public, le public est logiquement informé sur la base des principales orientations d'un « plan ou programme » ou des caractéristiques principales et du coût estimatif d'un « projet » et, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, des équipements qui sont créés ou aménagés en vue de sa desserte¹⁷⁶⁸. Cette innovation vise à tirer les conséquences de la procédure appliquée pour le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes, pour lequel les échanges avaient notamment porté sur le coût et les impacts des équipements de transports routiers et ferroviaires nécessaires aux voyageurs pour se rendre à l'aéroport. De son côté, l'article R. 121-3 dispose clairement que le dossier d'information doit comprendre notamment « 1° *Les objectifs et principales caractéristiques du projet* », auxquels doit s'ajouter « *un document de synthèse présentant le projet, plan ou programme* » en vertu de l'article R. 121-7. La situation est ici plus claire que pour la concertation régie par le code de l'urbanisme,

¹⁷⁶⁷ CAA de Versailles, 2 juin 2005, n° 02VE00189, M. et Mme X.

¹⁷⁶⁸ Article L. 121-8 I du code de l'environnement.

puisque'il n'est nullement question d'inciter à l'organisation d'une phase de débat sur les objectifs d'un projet dont seul l'objet est connu, pour ensuite s'intéresser aux principales caractéristiques du projet, c'est-à-dire son économie générale. Ces deux composantes ne font ici pas l'objet d'une séparation artificielle.

Il en va de même pour les dispositions propres à la concertation préalable¹⁷⁶⁹ apparue depuis l'ordonnance du 3 août 2016. Initialement, les dispositions législatives ne comportaient pas de mention sur le contenu de l'information relative à l'objet du projet, à l'instar de la situation de l'ancienne mouture de l'article L. 121-16 du code de l'environnement. Il était au mieux évoqué que, lorsque la concertation était décidée par la Commission nationale du débat public, il revenait au maître d'ouvrage ou au responsable du projet de définir son « *objet* » selon des recommandations de la Commission¹⁷⁷⁰. Cette carence a été rapidement résolue puisque, depuis le décret du 25 avril 2017, l'article R. 121-20 du code de l'environnement précise là encore que le dossier d'information doit comprendre notamment « *les objectifs et caractéristiques principales du plan, programme ou projet, y compris, pour le projet, son coût estimatif* ».

315. Comme pour la concertation requise au titre du code de l'urbanisme, dans le domaine de l'environnement la participation précoce n'implique jamais la coconstruction d'un projet avec le public. Un débat public ou une concertation préalable ont vocation à porter sur l'opportunité d'un projet public ou privé avancée, qu'il ne s'agit pas de coconstruire intégralement, mais qu'il s'agit simplement de préciser, d'amender, voire de retirer à la suite du processus. L'intérêt du débat public comme de la concertation réside donc seulement dans la capacité pour le public d'intervenir à un stade approprié, lorsque toutes les options sont encore envisageables, en amont de l'arrêt du projet et donc de l'enquête publique. Mais sur le fond, le support du débat n'a pas vocation à être particulièrement différent lorsqu'il s'agit de l'information relative au contenu même du projet soumis à la participation du public, qui reste limitée à son économie générale. On peut dès lors affirmer que l'expression selon laquelle la concertation par elle-même doit permettre d'associer le public « *pendant toute la durée de l'élaboration* » du projet, plan ou programme, n'est assortie d'aucune garantie juridique ni en droit de l'urbanisme, ni en droit de l'environnement. À ce titre, il faut souligner l'évolution

¹⁷⁶⁹ Article L. 121-15-1 et suivants du code de l'environnement.

¹⁷⁷⁰ Article R. 121-9 du code de l'environnement.

terminologique amorcée par l'ordonnance du 3 août 2016, au terme de laquelle l'article L. 121-16 du code de l'environnement dispose désormais que « *la concertation associe le public à l'élaboration d'un projet, plan ou programme* », et non plus « *pendant toute la phase d'élaboration d'un projet plans ou programmes* ». La concertation peut alors se cantonner en un instant unique, du moins court, visant à associer le public en amont de tout acte ou décision formalisant le passage à la procédure classique de consultation du public puis à la réalisation du projet.

Il ne faut toutefois pas tomber dans la caricature. Dans leur globalité, le droit de l'environnement et le droit de l'urbanisme s'inscrivent avec plus ou moins de succès dans cette idée d'une participation du public « *pendant toute la durée de l'élaboration* » du projet, plan ou programme. Si la phase de concertation vise en réalité à discuter simplement de l'économie générale du projet, plan ou programme en cours d'élaboration, la phase ultérieure de consultation du public porte quant à elle sur un projet arrêté, ce qui permet de respecter la philosophie de la concertation, cette fois-ci de nouveau conçue dans son sens large.

C – La procédure contradictoire : une information sur l'intention d'adresser une mesure défavorable

316. Quand bien même les sources écrites de la procédure contradictoire ont connu une extension¹⁷⁷¹, les modalités de mise en œuvre de cette garantie restent aujourd'hui encore assez majoritairement déterminées par la jurisprudence administrative. En dehors de certaines procédures contradictoires particulières, spécialement apparues dans le domaine disciplinaire, il est initialement revenu au juge de déterminer l'étendue de ce qui constitue une obligation pour l'administration et un droit pour l'intéressé, le mettant en mesure de présenter toute observation qu'il croira utile à sa défense. En cette matière, l'exigence d'information préalable a été reconnue par l'arrêt « Neveu »¹⁷⁷² de 1946, et a fait l'objet de précisions ultérieures. Pour qu'elle soit remplie, le juge exige ici une forme d'information sur l'objet du projet de décision défavorable. L'information préalable doit être composée d'un avertissement préalable, c'est-à-dire que l'administration doit aviser l'intéressé de son « *intention* »¹⁷⁷³ de lui adresser une

¹⁷⁷¹ Voir *supra*, n° 57 et s.

¹⁷⁷² CE, 24 juillet 1946, Neveu, *Rec.*, p. 211.

¹⁷⁷³ CE, 25 juillet 1975, Dame Messières du Beaudiez, *Rec.*, p. 433.

mesure défavorable. Dès lors, rien ne contraint l'administration à adresser au destinataire le texte même de la mesure. Ce qui compte pour le juge, c'est la clarté de l'information, puisque l'intéressé doit être à même de comprendre qu'il va faire l'objet d'une mesure¹⁷⁷⁴ pouvant affecter ses droits ou ses intérêts. Logiquement, l'opération doit être renouvelée pour chacune des mesures que l'administration entend prendre, même lorsque plusieurs se succèdent dans un temps rapproché. Dans un arrêt « Jaquier »¹⁷⁷⁵ de 1964, alors qu'une administration entendait déchoir un fonctionnaire de ses droits à pension, après l'avoir déjà révoqué, le juge administratif a rappelé qu'elle devait l'avertir de son intention de lui adresser cette seconde sanction.

En cette matière, comme dans la plupart des autres, l'information préalable ne se limite cependant pas à l'intention exprimée. La connaissance de l'objet du projet n'est pas à elle seule de nature à offrir une information complète sans précisions complémentaires sur son contexte juridique et factuel.

Section 2 – La variation de l'information relative au contexte du projet

317. Afin de permettre au citoyen participant de se faire un avis sur l'opportunité du projet qui lui est soumis, d'en apprécier la proportionnalité et plus largement la légalité, la stricte connaissance du contenu du projet de décision peut s'avérer parfois un peu aride, sans un minimum d'explication relative au contexte qui justifie le choix du responsable du projet. Afin de garantir la compréhension du projet, l'exigence de suffisance est globalement assurée par la diffusion des causes du projet, c'est-à-dire de ses motifs (§ 1). Ponctuellement, la présentation du contexte du projet se perfectionne par l'adjonction de quelques éléments d'informations complémentaires (§ 2), en contraignant l'administration à divulguer les positions de tiers ou à motiver davantage son projet.

¹⁷⁷⁴ CE, 13 novembre 1953, Gillot, *Rec.*, p. 488 ; CE, 1^{er} mars 1993, Milhaud, *DA*, 1993, n° 223.

¹⁷⁷⁵ CE, 15 juillet 1964, Jaquier, *Rec.*, p. 433.

§ 1 – La connaissance du contexte du projet généralement assurée par la présentation des motifs du projet

318. Une décision administrative est nécessairement justifiée par des motifs, c'est-à-dire les considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement¹⁷⁷⁶. Classiquement, en doctrine, le débat porte plus facilement sur la place faite à l'exigence de motivation des actes administratifs unilatéraux, à savoir la formulation de leurs motifs au stade ultime de l'adoption de la décision. Comme l'évoque J.-P. Ferrier, « *de nombreux auteurs voient dans l'obligation de rendre publics les motifs des décisions administratives, une importante conquête de la démocratie. Et il est vrai que cela permet au citoyen de juger la décision. Ce n'est pourtant là qu'un élément second : mieux vaut lui donner la possibilité de connaître le contenu d'une décision que l'on prépare, de façon qu'il puisse présenter des arguments tendant à la modifier* »¹⁷⁷⁷. L'étude de la participation du citoyen à la décision administrative invite à se questionner sur la place des motifs au stade précoce de l'information préalable à destination des citoyens invités à participer, en vue d'éclairer l'appréciation du projet qui leur est soumis et de préparer l'émission de leur point de vue. Et, puisqu'un projet répond toujours à des motifs, il paraît logique que l'administration doive présenter aux citoyens invités à participer ces éléments de nature à le justifier. C'est au regard de ces motifs que la participation pourra effectivement remplir ses fonctions de discussion et d'étude de l'opportunité, de la proportionnalité et plus largement de la légalité d'un projet¹⁷⁷⁸. Sans diffusion d'informations sur ces éléments, le citoyen ne pourra pas véritablement se faire une opinion éclairée. En outre, « *faire connaître les motifs, c'est expliquer la décision et donc éviter les conflits entre l'administration et les administrés. Motiver oblige également l'administration à ne pas prendre de décision pour des raisons inavouables, c'est en quelque sorte purifier l'administration* »¹⁷⁷⁹. Les différents instruments de la participation du citoyen à la décision administrative ne reçoivent cependant pas uniformément ce qui peut être considéré comme une garantie ou une exigence de transparence démocratique afin d'éclairer le citoyen participant dans l'examen du projet qui lui est soumis. Dans le cadre d'une procédure contradictoire, la diffusion des griefs retenus à

¹⁷⁷⁶ Article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁷⁷⁷ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 665.

¹⁷⁷⁸ Voir *supra*, n° 253 et s.

¹⁷⁷⁹ Ch. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif général*, Economica, 7^e édition, 2004, p. 436-437.

l'encontre de la personne intéressée s'impose systématiquement, puisqu'elle constitue l'objet même de la défense précontentieuse permise par cet instrument participatif (A). Au sein des autres instruments participatifs, l'exigence s'impose plus ou moins expressément dans le cadre du contrôle du caractère suffisant de l'information sur le contexte, les motifs et les implications du projet (B).

A – La diffusion systématique des griefs dans la procédure contradictoire, objet de la défense de la personne intéressée

319. La procédure contradictoire témoigne de l'intérêt de diffuser les motifs d'un projet de décision en vue de la préparation d'une défense. L'intéressé est invité à présenter ses observations à propos d'une décision individuelle défavorable prise à l'encontre de sa personne ou de sa situation. Outre l'avertissement préalable des intentions qu'a l'administration de lui adresser une telle mesure, le juge a toujours exigé que l'administration communique à l'intéressé un second élément, à savoir la mention des griefs déterminants retenus à son encontre¹⁷⁸⁰. Ce dernier doit être en mesure de connaître les « *griefs formulés à son encontre* », comme le mentionne aujourd'hui l'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration pour le cas des sanctions administratives¹⁷⁸¹. En dehors de cette catégorie spécifique des mesures prises en considération de la personne, la règle s'applique en vertu de la jurisprudence.

¹⁷⁸⁰ CE, 8 juillet 1936, dame Hoarau, *Rec.*, chron., p. 743 : « *eu égard à sa nature et à sa gravité, une telle mesure ne saurait intervenir sans que, au préalable, les intéressés aient pu discuter, soit par eux-même, soit, s'ils sont mineurs, par leurs représentants légaux, les griefs qui leur sont reprochés ; qu'il ressort des pièces du dossier que la dame veuve Hoarau, mère de la demoiselle Hoarau (Cléore), n'a pas été informée, avant que fût prise la décision attaquée, des résultats de l'enquête à laquelle il avait été procédé au sujet de sa fille mineure et qui, de l'aveu du chef de service, a été la cause déterminante de l'exclusion de cette dernière ; qu'ainsi, n'ayant pas été mise à même de présenter la défense de l'intéressée, la requérante est fondée à soutenir que la décision prononçant l'exclusion est intervenue dans des conditions irrégulières* » ; CE, 28 avril 1937, Hartwig, *Rec.*, p. 446 : « *eu égard à sa nature et à sa gravité, une telle mesure ne pouvait intervenir sans que le sieur Hartwig eût été mis à même de discuter le griefs relevés à son encontre* » ; CE, ass, 26 octobre 1945, Aramu et autres, *Rec.* 213 ; S., 1946, 3, p. 1, conclusions R. ODENT, *EDCE*, 1947, n° 1, p. 48, conclusions R. ODENT ; *D.*, 1946, p. 158, note G. MORANGE : l'intéressé « *doit, par suite, au préalable, recevoir connaissance, sinon du texte même du rapport établi ou de la plainte déposée contre lui, du moins de l'essentiel des griefs qui y sont contenus, de manière à être en état de formuler à ce sujet toutes observations qu'il juge nécessaires, soit devant la commission elle-même, soit devant le délégué de celle-ci* ».

¹⁷⁸¹ A noter que cet article ne mentionne pas explicitement l'exigence de l'avertissement.

Afin de ne pas alourdir inutilement la charge de l'administration, l'obligation vise en principe les seuls griefs déterminants¹⁷⁸², à savoir ceux sur lesquels l'administration entend fonder sa future décision¹⁷⁸³. Elle ne vise donc pas les griefs considérés comme surabondants¹⁷⁸⁴. Sont partant exclus de cette obligation les motifs de fait qui ne viseraient pas directement le comportement ou la situation de l'intéressée, comme par exemple l'existence d'un signalement par un tiers à l'origine de la procédure. La jurisprudence n'exige pas non plus systématiquement la mention des motifs de droit pouvant justifier la mesure, puisqu'ils ne sont exigés en réalité que lorsqu'ils constituent la source des griefs retenus contre l'intéressé, ce qui est particulièrement le cas pour les décisions de retrait ou d'abrogation d'une mesure individuelle favorable à la suite de la modification du cadre légal. L'esprit du dispositif reste bien d'informer l'intéressé des raisons essentielles de la mesure défavorable qui est susceptible d'être adoptée à son encontre.

Ponctuellement, l'information préalable s'avère plus étendue lorsqu'un droit d'accès au dossier de l'intéressé lui est en outre reconnu. Ce droit avait été initialement mis en place pour les agents publics, en application des articles 65 de la loi du 22 avril 1905¹⁷⁸⁵, qui disposait que « *tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté* », constituant ainsi la première forme de procédure contradictoire particulière. Ce droit est aujourd'hui inscrit à l'article 19 du titre 1^{er} du Statut général de la fonction publique de l'État, des collectivités territoriales et hospitalière¹⁷⁸⁶ qui dispose que « *le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes (...)* ». Depuis l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015¹⁷⁸⁷, ce droit est aussi

¹⁷⁸² CE, 6 novembre 1946, Dumesnil, *Rec.*, p. 256.

¹⁷⁸³ CE, ass., 2 décembre 1960, Rubin, *Rec.*, p. 668.

¹⁷⁸⁴ *Idem.*

¹⁷⁸⁵ Loi n° 1905-04-22 Bull du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905, *Recueil Duvergier*, p. 268.

¹⁷⁸⁶ Article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO*, 14 juillet 1983, p. 2174 ; modifiée par l'article 36 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JO*, n° 0094, 21 avril 2016.

¹⁷⁸⁷ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

reconnu au profit du citoyen uniquement en matière de sanction administrative¹⁷⁸⁸. L'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration dispose à ce titre que « *les mesures mentionnées à l'article L. 121-1 à caractère de sanction ne peuvent intervenir qu'après que la personne en cause a été informée des griefs formulés à son encontre et a été mise à même de demander la communication du dossier la concernant* ». Ce droit à l'information étendu permet à l'intéressé d'obtenir une information plus détaillée sur l'ensemble des pièces à disposition de l'administration. Le dossier doit ainsi comporter l'ensemble des témoignages à l'appui des griefs invoqués, des procès-verbaux d'infraction, et plus généralement toutes les pièces sur lesquelles se fonde l'administration pour engager la procédure de sanction. Un tel renforcement de l'information, dans l'optique d'une défense plus aboutie, peut se justifier par la nature quasi-juridictionnelle des sanctions administratives. Il s'agit alors de rapprocher la contradiction non contentieuse de son homologue contentieuse¹⁷⁸⁹. En dehors de ces actes d'une nature particulière, le législateur n'a pas souhaité contraindre davantage l'administration, pouvant se contenter d'une simple présentation des griefs déterminants.

La diffusion des griefs retenus à l'encontre de l'intéressé, ainsi qu'éventuellement son droit d'accès au dossier, permet de remplir la fonction même de la contradiction consistant à permettre « *aux personnes intéressées de discuter les motifs d'une décision juridictionnelle ou d'un acte administratif individuel préalablement à son adoption par le juge ou l'administration* »¹⁷⁹⁰. La discussion des motifs d'un projet constitue l'objet même de toute contradiction. Si elle permet au juge ou à l'administration de confronter sa connaissance à celle des personnes intéressées, la diffusion des motifs apparaît pour ces derniers comme une garantie individuelle de défense. L'objet de cette défense portera, non pas nécessairement sur le contenu du projet, à savoir en la matière une décision individuelle défavorable préjudiciant aux droits et intérêts, mais surtout sur les motifs justifiant cette prise de décision, car ils sont la condition de la légalité de la mesure. Au sein de la procédure contradictoire, la diffusion des motifs permet d'organiser une défense précontentieuse. C'est en raison de cet aspect défensif, comme l'indique O. Gabarda, que « *le principe de la motivation facultative ne disparaît que lorsque existe une obligation expresse de motivation inspirée par la volonté de mieux informer les administrés directement concernés par l'acte et surtout susceptibles d'être lésés par celui-*

¹⁷⁸⁸ Article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration : « *les mesures mentionnées à l'article L. 121-1 à caractère de sanction ne peuvent intervenir qu'après que la personne en cause a été informée des griefs formulés à son encontre et a été mise à même de demander la communication du dossier la concernant* ».

¹⁷⁸⁹ Voir *supra*, n° 44.

¹⁷⁹⁰ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 53 et s.

ci (...) La motivation obligatoire ne s'est donc imposée que de manière ponctuelle chaque fois qu'il importait de faire apparaître dans le corps même de l'acte les motifs d'une décision susceptible de préjudicier aux intérêts de l'administré et par voie de conséquence de générer du contentieux »¹⁷⁹¹. Cette liaison entre la motivation et la défense des intérêts doit toutefois être relativisée car l'exigence de diffusion des motifs au stade de l'information préalable trouve également à s'appliquer en dehors de la procédure contradictoire.

B – L'exigence d'une information suffisante sur le contexte, les motifs et les implications du projet au sein des autres instruments participatifs

320. En dehors de la procédure contradictoire, le droit positif organise la présentation d'une information suffisante sur le contexte du projet, ses motifs et ses implications, que ce soit en vertu des règles générales de la participation à la compétence et de la consultation, pour lesquelles cette présentation peut rester informelle (1), ou de dispositions textuelles spéciales en imposant une présentation plus formelle (2).

1) Une obligation de présentation même informelle du contexte, des motifs et des implications du projet en vertu des règles générales de la participation à la compétence et de la consultation

321. Dans le cadre de l'obtention d'une approbation par une assemblée délibérante ou d'un avis rendu par une personne, une autorité ou un organe, la connaissance du contexte, des raisons, des objectifs et des motifs qui justifient un projet, joue certes un rôle moins fondamental qu'en matière de procédure contradictoire, mais elle s'avère tout de même particulièrement utile à l'examen du projet. Elle contribue à l'appréciation de son opportunité, de sa proportionnalité et plus largement de sa légalité. Il ne s'agit ni plus ni moins de permettre au participant d'entamer,

¹⁷⁹¹ O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *RFDA*, 2012, p. 61.

au stade de l'instruction administrative du projet, ce contrôle de l'adéquation de la décision aux faits et d'en améliorer le contenu si son bilan « coûts-avantages » apparaît déséquilibré.

Or, dans le cadre de ces instruments de participation à la compétence et à la procédure, la question de savoir si le projet présenté doit ou non être annexé de ces informations relatives au contexte, aux raisons, aux objectifs et aux motifs qui le justifient, n'appelle pas une réponse ferme et définitive. Le juge administratif ne s'est jamais prononcé très précisément sur le contenu de l'information à destination des membres d'un organe collégial délibérant ou consultatif ou des personnes ou autorités individuellement consultées.

Ce qui est certain, dans le cadre des règles générales de la participation à la compétence comme de la participation à la procédure¹⁷⁹², c'est que le juge, lorsqu'il est saisi en ce sens, opère un contrôle du caractère suffisant de l'information délivrée, afin que la décision soit prise ou que l'avis soit rendu en toute connaissance de cause. À cet égard, le Conseil d'État a pu juger que les « *informations utiles* », exigées au titre de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public lors d'une procédure de participation du public non régie par des dispositions spécifiques, impliquent « *une information claire et suffisante sur l'objet de la consultation (...)* »¹⁷⁹³. Or, au regard de la jurisprudence, cette exigence d'information suffisante ne semble pas devoir conduire à une diffusion expresse des raisons qui ont poussé l'exécutif ou l'administration à formuler son projet. L'état du droit positif sur la question reste lié aux circonstances propres à chaque affaire soumise au juge.

322. Une jurisprudence a pourtant semblé prendre soin de préciser le contenu de l'information relative aux éléments d'explication du projet soumis à approbation, dans le cadre de l'examen au cas par cas du caractère suffisant ou non de l'information transmise aux membres. Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'État « Commune de Mandelieu-la-Napoule » du 14 novembre 2012¹⁷⁹⁴, cependant rendu à propos du seul droit pour les élus locaux, dans le cadre

¹⁷⁹² Par exemple : CE, 17 nov. 2017, n° 400939, Synd. nat. éta et résidences privés pour les personnes âgées [SYNERPA], *Rec.*, tables ; *AJDA*, 2017, p. 2403, chron. S. ROUSSEL et C. NICOLAS ; *DA*, 2018, alerte 8 : « *Il appartient à l'autorité administrative qui consulte un organisme, à titre obligatoire ou facultatif, de fournir aux membres de celui-ci, dans un délai leur permettant d'en prendre utilement connaissance, les éléments nécessaires à l'examen des questions sur lesquelles elle recueille son avis* ».

¹⁷⁹³ CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; *DA*, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

¹⁷⁹⁴ CE, 14 novembre 2012, n° 342327, Commune de Mandelieu-la-Napoule, *Rec.* ; *AJDA*, 2012, p. 2198 ; *AJCT*, 2013, p. 204, obs. V. GRILLET-CARABAJAL.

de leur mandat, à être informés des affaires de la collectivité qui font l'objet d'une délibération. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative était invitée à préciser le contenu de la note de synthèse présentant le texte de délibération à prendre. Elle considère que « *la convocation aux réunions du conseil municipal doit être accompagnée d'une note explicative de synthèse portant sur chacun des points de l'ordre du jour ; que le défaut d'envoi de cette note ou son insuffisance entache d'irrégularité les délibérations prises, à moins que le maire n'ait fait parvenir aux membres du conseil municipal, en même temps que la convocation, les documents leur permettant de disposer d'une information adéquate pour exercer utilement leur mandat ; que cette obligation, qui doit être adaptée à la nature et à l'importance des affaires, doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions ; qu'elle n'impose pas de joindre à la convocation adressée aux intéressés, à qui il est au demeurant loisible de solliciter des précisions ou explications (...), une justification détaillée du bien-fondé des propositions qui leur sont soumises* ».

Dans cet arrêt, le juge énonce *in abstracto* les contours de l'exigence d'information qui doit être délivrée de façon suffisante aux élus locaux. Dès lors, pour pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, par un vote éclairé, le juge affirme que les membres de l'organe délibérant doivent être en mesure de connaître le « *contexte* », les « *motifs de fait et de droit* » ainsi que les « *implications* » de la mesure envisagée. Bien que le juge ne se soit pas prononcé explicitement dans ce sens, il semble que cette jurisprudence puisse être transposée à tous les organes délibérants¹⁷⁹⁵ voire même au régime général de la procédure consultative dans le cadre de l'examen du caractère suffisant de l'information délivrée.

Mais, par ce considérant de principe, le juge ne compte nullement remettre en cause sa jurisprudence consistant à apprécier au cas par cas le caractère suffisant ou non de l'information délivrée aux membres de l'organe, comme en témoigne l'indication selon laquelle cette information doit certes être adéquate mais aussi « *adaptée à la nature et à l'importance des affaires* ». Par exemple, l'examen d'un document d'urbanisme¹⁷⁹⁶ nécessitera

¹⁷⁹⁵ Voir notamment CE, 5 mai 1993, n° 83183, Manufacture française des pneumatiques Michelin. Le Conseil d'État juge, à propos du conseil d'administration de l'URSSAF de Cholet que la délibération ne comportait pas par elle-même les informations suffisantes « *pour en apprécier le sens et la portée* ». Voir aussi CE, 24 juin 1987, n° 54162, Caisse générale de sécurité sociale de la Guyane.

¹⁷⁹⁶ CE, 14 novembre 2012, n° 342327, Commune de Mandelieu-la-Napoule, *Rec.* ; *AJDA*, 2012, p. 2198 ; *AJCT*, 2013, p. 204, obs. V. GRILLET-CARABAJAL.

une présentation d'éléments quantitativement plus importants que celui d'une décision à l'objet plus limité.

Quel que soit ce niveau d'adaptation, l'ensemble de ces données n'ont qualitativement à être ni explicitement retranscrites, ni *a fortiori* spécialement détaillées dans la note de présentation ou dans des documents nécessaires à l'examen des affaires. Il suffit que chaque membre de l'organe puisse à leur lecture les « *appréhender* », les « *comprendre* » et les « *mesurer* ». V. Grillet-Carabajal, dans sa note sous l'arrêt Commune de Mandelieu-la-Napoule, estimait que les membres de l'organe délibérant « *doivent simplement pouvoir comprendre la teneur du projet soumis à leur vote et en mesurer la portée. Ils doivent donc être informés de son contexte, être mis à même d'en apprécier la régularité par l'exposé des motifs de fait et de droit qui le fondent et être placés en situation d'en percevoir les enjeux de toute nature* »¹⁷⁹⁷. Or, dans ce même arrêt, le juge a clairement indiqué qu'aucune présentation expresse des motifs et plus largement des éléments du bien-fondé de la mesure envisagée ne devait être spécialement organisée. Le juge considère, « *qu'en jugeant que, en dépit de la communication de ces différents documents (...), il n'avait pas été satisfait à l'obligation (...), faute pour les membres du conseil municipal de connaître les motifs du choix de ce secteur et d'avoir disposé d'éléments permettant d'apprécier le bien-fondé de l'emplacement retenu pour ce site d'accueil de déchets inertes, la cour s'est méprise sur la portée de cet article, qui n'imposait nullement de telles justifications (...)* ». Il suffit qu'à la lecture des documents transmis, les membres de l'organe puissent appréhender, comprendre et mesurer le contexte, les motifs et les implications. Tout reste donc affaire de circonstances liées à la rédaction des documents. Au regard des documents fournis, le juge administratif estime si les membres de l'organe étaient ou non en mesure de prendre connaissance des informations exigées. Afin de garantir une information substantiellement suffisante, le juge réalise une appréciation d'ensemble des documents d'information fournis pour savoir s'ils permettent aux membres de l'organe d'avoir une « *connaissance suffisamment précise et détaillée des projets pour se prononcer en connaissance de cause* »¹⁷⁹⁸. Le juge ne réalise cependant pas un examen particulièrement approfondi. Dans cette affaire relative à la révision d'un plan local d'urbanisme, était donc jugée suffisante la présentation d'une note « *synthétisant les différentes étapes de sa procédure d'adoption, mentionnant l'avis favorable du commissaire enquêteur et proposant de tenir compte de certaines observations des personnes consultées à l'issue de*

¹⁷⁹⁷ V. GRILLET-CARABAJAL, « Une approche nouvelle de la note explicative de synthèse ? », note sous CE, 14 novembre 2012, *AJCT*, 2013, p. 204.

¹⁷⁹⁸ CE, 8 juillet 2009, n° 317423, Syndicat National C.JUSTICE et autres.

l'enquête publique (...) accompagnée d'un document portant sur les modifications pouvant être apportées au plan pour donner suite à ces différentes remarques »¹⁷⁹⁹. Dans d'autres affaires intéressant des procédures consultatives, le juge a pu estimer que l'information était suffisante car le projet était accompagné « *d'un rapport de présentation ainsi que de plusieurs annexes comportant des cartes et des tableaux* »¹⁸⁰⁰ ou d'un « *exposé des motifs décrivant, avec une précision suffisante, la méthode retenue* »¹⁸⁰¹.

323. Si la jurisprudence « Mandelieu-la-Napoule » permet de déterminer plus clairement les contours de l'exigence d'information suffisante, son apport doit aussi être relativisé. En n'exigeant pas une présentation en bonne et due forme des données relatives au contexte, aux motifs et aux implications du projet, le juge ne garantit pas effectivement la pleine compréhension de ces informations par les membres de l'organe dont l'appréciation subjective ne collera pas nécessairement à l'appréciation subjective du juge. Le régime général de l'information suffisante, dans le cadre de la participation à la compétence comme de la procédure consultative, mériterait ici d'être revu et corrigé dans le sens de l'obligation plus clairement établie consistant pour l'exécutif à mettre les membres de l'organe en mesure de prendre effectivement connaissance du contexte, des motifs et des implications d'un projet, même synthétiquement pour que le caractère suffisant reste soumis à une appréciation au cas par cas. En imposant une nouvelle exigence de forme, le juge inciterait l'administration à approfondir l'information diffusée. En droit, la forme reste une condition essentielle de l'obtention du fond. Cette obligation de présentation formelle du contexte, des motifs et des implications du projet renforcerait également l'exigence de loyauté de l'information, puisque « *la note explicative de synthèse ne doit pas être constitutive de manœuvres destinées à orienter le sens des votes en omettant des informations utiles ou en ne comportant que les seuls avis favorables* »¹⁸⁰².

En l'état actuel du droit, pour une véritable connaissance précise du contenu, des motifs et des implications, le juge renvoie aux échanges oraux en séance durant la phase de discussion préalable à l'adoption du projet. Or, les membres de l'organe n'ont à ce titre aucun droit

¹⁷⁹⁹ CE, 14 novembre 2012, n° 342327, Commune de Mandelieu-la-Napoule, *Rec.* ; *AJDA*, 2012, p. 2198 ; *AJCT*, 2013, p. 204, obs. V. GRILLET-CARABAJAL.

¹⁸⁰⁰ CE, 27 juin 2014, n° 376399, Département du Morbihan.

¹⁸⁰¹ CE, 26 novembre 2014, n° 376617. Voir aussi CE, sect., 5 novembre 2014, n° 378140.

¹⁸⁰² V. GRILLET-CARABAJAL, « Une approche nouvelle de la note explicative de synthèse ? », note sous CE, 14 novembre 2012, *op. cit.*

spécifique. L'exécutif restera toujours pleinement libre de répondre aux questions pouvant notamment porter sur une demande de justification du projet. Dans la pratique, il est toutefois peu courant que l'exécutif ne présente pas au minimum les tenants et aboutissants des projets de décision qu'il soumet à l'assemblée délibérante. La justification d'un projet reste une condition de l'obtention de toute approbation, sauf à considérer les organes collégiaux comme de simples chambres d'enregistrement. Parallèlement, le juge renvoie à l'accès au texte du projet, à ses annexes, aux documents préparatoires pour lesquels des données expresses relatives au contexte, aux motifs et aux implications d'un projet, peuvent être requises au stade de l'information préalable dans le cadre des dispositions spécifiques qui leur sont applicables.

2) *Une présentation formelle du contexte, des motifs ou des implications ponctuellement requise au titre de dispositions textuelles spéciales*

324. Diverses règles de droit imposent la diffusion plus formelle d'informations relatives au contexte, aux motifs et aux implications de la mesure envisagée. Ces données peuvent résulter soit du régime propre à la nature de la décision concernée (a), soit du régime propre à la nature de l'instrument participatif mis en œuvre (b).

a) *Une connaissance parfois liée à la nature de la décision concernée*

325. Au sein d'un organe collégial délibérant et lors d'un référendum local décisionnel, la connaissance par le citoyen du contexte, des motifs et des implications de la mesure projetée est nécessairement liée aux règles de forme de la décision finale. En effet, le texte du projet à approuver est nécessairement le texte de la décision finale, sous réserve d'éventuels amendements en cours de séance, compte tenu de la fonction délibérative de l'organe. Dès lors, si la décision finale doit être présentée selon des formes dictées par des dispositions législatives ou réglementaires, le texte présenté aux membres de l'organe délibérant les intégrera nécessairement au stade de l'information préalable. Il peut notamment s'agir d'une obligation d'adjoindre les documents d'évaluation des impacts socio-économiques ou environnementaux. Il peut aussi et surtout s'agir de l'obligation de motivation de la décision finale. Ainsi, lorsque

la décision finale est spécifiquement soumise à une exigence de motivation, les membres de l'organe ont effectivement connaissance des motifs de la décision à prendre, puisqu'ils font corps avec elle. La motivation apparaît ainsi dans la note de synthèse, même si tous les éléments de forme, telle la mention des visas, ne sont pas toujours pleinement exposés à ce stade. Cette situation se présente dans de nombreuses hypothèses, même s'il n'existe pas en droit français de principe général de motivation des décisions administratives¹⁸⁰³.

L'exigence de motivation des décisions administratives est le plus souvent associée aux décisions individuelles. Le texte instituant l'exigence de motivation la plus importante est sans conteste la loi du 11 juillet 1979, codifiée dans le code des relations entre le public et l'administration, qui pose le principe de la motivation des décisions individuelles défavorables, dont la liste est précisément arrêtée, et de l'ensemble des décisions individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement¹⁸⁰⁴, sous réserve de l'urgence absolue de la décision ainsi que de la protection du secret¹⁸⁰⁵. De nombreuses autres sources spécifiques organisent cette exigence de motivation des décisions individuelles, parfois dans le même champ que la loi du 11 juillet 1979, parfois en dehors de ce champ, spécialement dans les domaines de l'urbanisme, des décisions de police administrative spéciale, comme la police des étrangers et la police des aliénés, des décisions fiscales ou encore de la fonction publique¹⁸⁰⁶. En outre, indépendamment de ces dispositions textuelles, le Conseil d'État a institué une obligation jurisprudentielle de motivation des décisions individuelles, qu'elles soient favorables ou défavorables, lorsqu'elles sont prises par des autorités collégiales et sectorielles, dans lesquels peuvent siéger des représentants de la société civile, « *eu égard à leur nature, à leur composition et à leurs attributions* » depuis une jurisprudence « Agence maritime Marseille-fret » du 27 novembre 1970¹⁸⁰⁷. Ainsi en va-t-il des décisions individuelles prises par les organismes professionnels¹⁸⁰⁸, par la Commission nationale d'équipement commercial¹⁸⁰⁹, par

¹⁸⁰³ CE, sect., 26 janv. 1973, n° 87890, Lang, *Rec.*, p. 72 ; *D.* 1973. 606, note B. PACTEAU.

¹⁸⁰⁴ Articles L. 211-2 et 3 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁸⁰⁵ Articles L. 211-6 du code des relations entre le public et l'administration : « lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, dans les délais du recours contentieux, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs.

Les dispositions du présent chapitre ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret ».

¹⁸⁰⁶ Pour un panorama, voir O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁰⁷ CE, ass., 27 nov. 1970, Agence maritime Marseille-fret, *Rec.* p. 704.

¹⁸⁰⁸ *Idem.*

¹⁸⁰⁹ CE, 25 sept. 1996, Union des artisans et commerçants de Lamballe, *Rec.* ; *AJDA*, 1997, p. 103, concl. A.-F. ROUL ; *RTD com.*, 1997. 240, obs. G. ORSONI ; CE, 18 nov. 2009, n° 307862, Société Pierre Fabre, *Rec.* ; *AJDA*, 2009, p. 2201.

le Comité économique des produits de santé¹⁸¹⁰, ou encore par la Commission des participations et des transferts¹⁸¹¹.

La motivation n'est pas nécessairement cantonnée aux décisions individuelles. De multiples textes organisent cette obligation formelle à propos de décisions réglementaires ou d'espèce, spécialement dans le domaine de l'aménagement¹⁸¹² et de l'urbanisme¹⁸¹³. Cependant, dans ce domaine les autorités concernées n'ont pas vocation à être des organes collégiaux délibérants intégrant des représentants de la société civile. Plus importante est pour le public l'exigence de motivation qui découle des règles à la procédure d'élaboration de ces documents.

b) Une connaissance parfois liée à la nature de l'instrument participatif

326. La présentation formalisée du contexte, des motifs ou des implications d'un projet peut également résulter des dispositions spécifiques à l'instrument participatif mis en place. De façon générale, le législateur et le pouvoir réglementaire ne font en la matière pas preuve d'une grande rigueur. La situation diffère en fonction de chaque instrument participatif, sans qu'il soit possible de trouver une cohérence d'ensemble.

327. Dans le cadre des procédures de consultation ouverte sur Internet, les dispositions textuelles ne prévoient pas de règles particulières en vue d'une présentation formalisée du contexte, des motifs ou des implications d'un projet. Il est simplement mentionné que la notice explicative, censée accompagner le projet de décision, a pour fonction de présenter « *l'objet et le contenu* » du projet de décision¹⁸¹⁴. Il faut alors ici se contenter des règles générales applicables à toutes procédures consultatives qui imposent une présentation informelle des

¹⁸¹⁰ CE, 11 janv. 2002, n° 229206, SA Laboratoires Besins international, *Rec.* ; *JCP*, 2002, II, 10156, note CRISTOL.

¹⁸¹¹ CE, ass., 29 juin 2011, n° 212347, M. Goullier, *Rec.* : s'agissant de l'avis conforme requis préalablement à une privatisation.

¹⁸¹² Ainsi en va-t-il des déclarations d'utilité publique sur le fondement de l'article L. 11-1-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

¹⁸¹³ Le rapport de présentation d'un schéma de cohérence territoriale et d'un plan local d'urbanisme comprend ses motifs. Articles R. 141-2 et s. et R. 151-1 et s. du code de l'urbanisme.

¹⁸¹⁴ Article R. 132-5 du code des relations entre le public et l'administration.

motifs. Toutefois, dans la pratique, l'administration intègre systématiquement dans la note explicative une présentation expresse des motifs de son projet. Ces derniers peuvent être exposés de façon parfois très succincte, lorsque l'administration se limite à la simple mention de la présence d'une réforme législative obligeant à revoir les dispositions réglementaires d'un code, sans autre précision¹⁸¹⁵. Parfois, l'administration s'avère plus précise, en détaillant les raisons qui l'ont conduite à envisager la mesure¹⁸¹⁶. De ce degré de précision dépend la capacité du public à se faire une opinion éclairée sur l'opportunité de la mesure projetée, sur son adéquation avec les considérations de fait qui en justifient le caractère d'intérêt général, ainsi que plus largement sur sa légalité de la mesure au regard de considérations de droit.

328. S'agissant des processus référendaires, la mention des motifs du projet soumis au vote des électeurs est généralement prescrite formellement, comme en témoigne d'abord le cas du référendum local pour lequel il est prévu que « *le dossier comporte (...) un rapport explicatif exposant les motifs et la portée du projet (...)* »¹⁸¹⁷, permettant aux électeurs de se faire un avis sur l'opportunité de l'opération projetée par comparaison aux caractéristiques du projet. La connaissance des motifs est ainsi acquise indépendamment de la question de savoir si la décision définitive doit ou non être motivée. Les électeurs sont ici mieux informés que les membres d'un organe délibérant, qui ne peuvent prendre connaissance expressément des motifs que lorsqu'ils sont formalisés dans le projet de décision ou selon les éléments que l'administration aura bien voulu leur donner en l'absence de présentation formelle.

Sans raison véritable, le régime de la consultation des électeurs régi par le code général des collectivités territoriales se limite à un schéma plus classique, puisque rien n'oblige l'administration à dévoiler expressément la portée et les motifs du projet dans le dossier d'information à destination des électeurs. La logique voudrait ici que la consultation des électeurs diffère du référendum local simplement par sa portée non contraignante. Un alignement des deux régimes vers le mieux disant semble indispensable pour garantir une information complète de l'électeur.

¹⁸¹⁵ Par exemple, la consultation sur le projet de décret portant diverses dispositions relatives à la chasse et à la faune sauvage en avril 2018.

¹⁸¹⁶ Par exemple, la consultation sur les exceptions au principe du « silence vaut accord » en octobre 2015.

¹⁸¹⁷ Article R. 1112-2 alinéa 4 du code général des collectivités territoriales.

Sur ce point, le régime institué par l'ordonnance du 21 avril 2016¹⁸¹⁸ pour les projets soumis à une consultation des électeurs régie par le code de l'environnement s'avère plus pertinent puisqu'il impose à la Commission nationale du débat public de rédiger « *un document de synthèse présentant de façon claire et objective le projet, ses motifs, ses caractéristiques (...)* »¹⁸¹⁹. Cette exigence d'une présentation des motifs au sein de la procédure de consultation des électeurs régie par le code de l'environnement ne témoigne pas nécessairement de ce qui se passe au sein des autres procédures de participation du public applicables dans la matière environnementale.

329. Dans le domaine des décisions ayant une incidence sur l'environnement, l'exigence d'inscription, dans le dossier d'information, du contexte, des motifs et des impacts du projet ne ressort pas nécessairement des dispositions applicables aux différentes procédures de participation du public.

La convention d'Aarhus elle-même n'en fait pas une exigence requise systématiquement durant la phase de participation du public. Certes son article 6 § 9 stipule que « *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* ». Mais, l'obligation de motivation est ici uniquement requise au stade de la motivation de la décision une fois que cette dernière a été définitivement adoptée. Il n'est donc nullement question d'en assurer la diffusion dès le stade de la participation, quand bien même cette exigence semble particulièrement nécessaire pour éclairer le public sur les raisons pour lesquelles le responsable du projet promeut ce dernier.

En droit interne, s'agissant des procédures de participation précoce, aucune disposition particulière n'est prévue dans le cadre de la concertation décidée au cas par cas sur des opérations d'aménagement en vertu de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme. Parallèlement, dans le cadre du dispositif de participation précoce qu'est la concertation requise au titre de l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme, le droit positif se contente de la seule diffusion des objectifs poursuivis par le projet, plan ou programme qui, nous l'avons vu, ne visent qu'à

¹⁸¹⁸ Ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016.

¹⁸¹⁹ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

préciser des grandes lignes directrices¹⁸²⁰, et non pas à présenter particulièrement les causes, juridiques, politiques, économiques, sociales, environnementales qui poussent nécessairement le responsable à agir, et qu'il n'est donc pas tenu de diffuser publiquement au stade de la concertation. Néanmoins, cette mention des objectifs peut s'apparenter à une forme de présentation des motifs lorsque sont présentées les intentions poursuivies, qui constituent les raisons d'être du projet, plan ou programme. S'agissant du débat public et de la concertation préalable, le code de l'environnement prévoit que ces instruments participatifs doivent permettre de « *débattre de l'opportunité, des objectifs et des caractéristiques principales du projet ou des objectifs et des principales orientations du plan ou programme, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent (...)* »¹⁸²¹. Autrement dit, pour débattre de son opportunité, le responsable du projet, plan ou programme doit présenter notamment les objectifs et les enjeux socio-économiques du projet. C'est principalement au regard de ces mentions que des éléments de motivation préalable devront être exposés. Parallèlement, le code de l'environnement ne prévoit l'exposé expresse des « *motivations et raisons d'être du projet* »¹⁸²² que lorsqu'une déclaration d'intention doit être publiée par le maître d'ouvrage.

L'absence d'uniformité caractérise également les procédures de consultation du public. Alors que l'article L. 121-19-2 du code de l'environnement ne prévoit aucune précision particulière pour les décisions individuelles ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, il est simplement prévu à l'article L. 121-19-1 que le projet de décision non individuelle doit être accompagné d'une « *note de présentation précisant notamment le contexte et les objectifs de ce projet* ». Ici, la notion d'« *objectifs* » consiste pour l'administration à présenter, parfois en quelques mots, les raisons qui l'ont poussée à agir. Il peut s'agir d'une présentation très succincte, comme un bref rappel des recommandations d'une autorité administrative¹⁸²³, une indication d'un objectif de simplification, de clarification d'une nomenclature et d'amélioration de la proportionnalité d'une procédure administrative¹⁸²⁴. L'information délivrée peut être inversement beaucoup plus détaillée lorsque l'administration ressent le besoin de mieux justifier son projet. Ainsi en a-t-il été dans le cadre de la consultation ouverte qui s'est déroulée du 21 mars au 11 avril 2018 sur le projet de décret relatif à la baisse

¹⁸²⁰ Voir *supra*, n° 311.

¹⁸²¹ Articles L. 121-1 et L. 121-15-1 du code de l'environnement. Cette formulation est issue pour le débat public de l'ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 et pour la concertation de la loi n° 2018-148 du 2 mars 2018.

¹⁸²² Article L. 121-18 du code de l'environnement.

¹⁸²³ Par exemple, la consultation sur les projets de décret et d'arrêté relatif à l'affichage du débit d'absorption spécifique des équipements terminaux radioélectriques en avril 2018.

¹⁸²⁴ Projet de décret modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, consultation du 30 mars au 23 avril 2018.

de la vitesse maximale autorisée de 90 à 80 km/heure sur certaines routes. Afin de justifier son projet, le gouvernement a pris soin de le motiver précisément au regard d'éléments pertinents¹⁸²⁵.

Le régime de l'information est plus abouti dans le cadre de l'enquête publique, pour laquelle la note de présentation doit présenter depuis 1976 les « *raisons pour lesquelles (...) le projet soumis à l'enquête a été retenu* »¹⁸²⁶. Par cette formulation, « *il ne s'agit plus seulement de décrire plus ou moins précisément l'opération, mais aussi de faire ressentir son utilité publique ou son intérêt général pour la collectivité. En demandant à l'administration de présenter au public les raisons de son choix, on lui demande nécessairement de s'exercer par avance à faire le bilan général du point de vue de l'utilité publique, du projet qu'elle a retenu* »¹⁸²⁷. Cette formulation est d'abord apparue au sein de l'enquête d'expropriation à la suite du décret du 14 mai 1976¹⁸²⁸ avant de migrer vers les dispositions régissant l'enquête publique environnementale depuis le décret du 23 avril 1985¹⁸²⁹, et aujourd'hui l'enquête publique régie par le code des relations entre le public et l'administration¹⁸³⁰. Il en va de même de la procédure régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement. La formulation est réitérée lorsque le droit impose une étude d'impact d'un projet puisqu'elle doit comprendre « *une indication des principales raisons du choix effectué* »¹⁸³¹. Lorsqu'est requise une évaluation environnementale d'un plan ou programme, cette dernière doit exposer « *les raisons*

¹⁸²⁵ Le Gouvernement s'est alors efforcé de motiver son projet en développant l'accidentologie et la mortalité des routes à 90 km/h, en rappelant que la mesure était préconisée par le Comité interministériel de la sécurité routière et le comité des experts du Conseil national de la sécurité routière, et en soulignant les conséquences bénéfiques de la mesure pour la fluidité et l'apaisement de la circulation, pour l'environnement et la santé.

¹⁸²⁶ Cette précision était auparavant formulée par la doctrine. G. Ricoux estimait que, « *pour rendre ce dossier plus compréhensible au public, il serait opportun que les notices explicatives soient rédigées d'une manière moins succinctes qu'elles ne le sont souvent. L'objet de l'opération devrait être précisé par un exposé des besoins à satisfaire, par les raisons qui ont conduit à retenir parmi d'autres études telle implantation, ou tel tracé de voie, de manière à faire ressortir, à côté des inconvénients inévitables pour les propriétaires, les aspects positifs du projet sur les plans technique et financier. L'expérience prouve que les documents essentiellement consultés par le public sont en effet la notice explicative et le plan général des travaux* ». G. RICOUX, « L'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique », *AJPI*, octobre 1974, p. 795.

¹⁸²⁷ M. D. HAGELSTEEN, « La réforme de la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique », *CJEG*, n° 305, octobre 1976, p. 39.

¹⁸²⁸ Décret n° 76-432 du 14 mai 1976 modifiant le décret n° 59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique et portant dispositions diverses pour l'application du titre III de la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975, *JO*, 19 mai 1976, p. 2983. Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article R. 112-6 du code de l'expropriation.

¹⁸²⁹ Décret n° 85-453 du 23 avril 1985 pris pour l'application de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, *JO*, 24 avril 1985, p. 4753 (article 6). Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article R. 123-8 du code de l'environnement. Depuis l'ordonnance du 3 août 2016, cette disposition est aussi applicable à la procédure régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement.

¹⁸³⁰ Article R. 134-22 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁸³¹ Article L. 122-3 et R. 122-5 II 7° du code de l'environnement.

*pour lesquelles, (...) le projet a été retenu »*¹⁸³² et comporter « *l'exposé des motifs pour lesquels le projet de plan, schéma, programme ou document de planification a été retenu »*¹⁸³³. Au sein d'un document d'urbanisme, la mention des motifs intègre le rapport de présentation¹⁸³⁴.

330. Au regard des précisions apportées par la jurisprudence et par les textes, un constat s'impose : celui de l'absence de lisibilité sur ce qu'impose réellement le droit positif en termes d'information nécessaires à l'examen de l'opportunité, de la proportionnalité et de la légalité du projet présenté. Ce n'est pas moins que neuf expressions différentes qui sont aujourd'hui présentes en droit positif : « *contexte* », « *objectifs* », « *raisons* », « *raisons d'être* », « *motifs* », « *motivations* », « *enjeux* », « *implications* », « *portée* ». Un effort de rationalisation des critères s'impose afin de simplifier et de rendre plus intelligible l'information exigée. Au fond, s'il est nécessaire d'imposer une explication du projet, c'est au regard de deux éléments. Il s'agit d'abord de présenter clairement son objet, à savoir son contenu et sa portée. Il s'agit ensuite de justifier sa cause, à savoir ses motifs, qui permettent d'informer sur les principales considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la mesure projetée. Il peut s'agir tantôt d'un élément juridique ou factuel déclencheur, tantôt d'objectifs ou de finalités poursuivies par l'administration souhaitant agir dans un sens déterminé, par exemple celui de la simplification, de l'ordre public, du développement durable, ou tout objectif d'un intérêt général. C'est donc bien la notion de motifs qui permet de garantir un minimum d'explication sur le contexte du projet, sur les raisons qui ont poussé l'administration à soumettre son projet et surtout de permettre aux participants d'apprécier son opportunité, sa proportionnalité et plus largement sa légalité. Dans un souci de simplicité, le juge administratif comme le législateur seraient fondés à exiger de façon uniforme la présentation des motifs du projet soumis au processus participatif, à savoir les principales considérations de droit et de fait qui le justifient.

Pour autant, les motifs ne sont pas les seuls éléments de présentation du contexte du projet, car des éléments complémentaires peuvent être ponctuellement diffusés pour perfectionner le régime de l'information préalable.

¹⁸³² Article L. 122-6 du code de l'environnement.

¹⁸³³ Article R. 122-20 II 4° du code de l'environnement.

¹⁸³⁴ Articles R. 141-2 et s. et R. 151-1 et s. du code de l'urbanisme.

§ 2 – La connaissance du contexte du projet ponctuellement perfectionnée par l’adjonction de données complémentaires

331. Par principe, le citoyen ne bénéficie pas d’un droit d’accès à « *l’ensemble des informations utiles pour évaluer leur portée* »¹⁸³⁵. En l’absence de règles spécifiques plus contraignantes, l’administration n’a aucune obligation de diffuser les éventuels études, rapports et avis produits au cours de l’instruction du projet. L’exigence de transparence qui découle du cadre général de la participation se limite à imposer à l’administration d’exposer « *ses choix et leur motivation* »¹⁸³⁶. Ce n’est ainsi que ponctuellement que le droit positif renforce le droit à l’information préalable du citoyen, en organisant la diffusion de données complémentaires contraignant l’administration à divulguer les positions de tiers ou à motiver davantage son projet. Cette exigence se concrétise dans le cadre des règles relatives à l’accès par les participants aux documents préparatoires (A) ou, plus spécifiquement dans le domaine de l’environnement, à l’exposé des incidences (B) et des alternatives (C) au projet.

A – La diffusion des documents préparatoires : l’accès aux études internes et aux avis et observations externes préalablement émis

332. Afin de renforcer l’examen par le citoyen de l’opportunité du projet soumis au processus participatif, le droit impose ponctuellement la diffusion des documents préparatoires relatifs au projet. La connaissance de ces documents remplit plusieurs finalités. Comme nous avons déjà pu le voir, l’accès au dossier complet dans le cadre d’une procédure contradictoire applicable à une sanction administrative permet de préparer une défense plus aboutie¹⁸³⁷. Mais, en l’absence de dispositions législatives particulières, cette disposition se limite aux documents présents dans le dossier personnel. Il ne s’étend pas à l’ensemble des documents préparatoires, notamment pas aux avis émis par une commission consultative¹⁸³⁸. Dans le cadre des autres

¹⁸³⁵ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e édition, 2011, p. 760.

¹⁸³⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸³⁷ Voir *supra*, n° 319.

¹⁸³⁸ CE, 30 janvier 2012, n° 349009, 349010 et 349011 Minitre de l’intérieur, de l’Outre-mer, des collectivités territoriales et de l’immigration : « *ni l’article 24 de la loi du 12 avril 2000 ni aucun principe général du droit et*

instruments participatifs, sur lesquels nous allons nous attarder, l'accès aux documents préparatoires peut permettre au citoyen de disposer d'éléments de nature à renforcer et diversifier son appréciation de l'opportunité et de la proportionnalité du projet. En effet, les documents préparatoires regroupent tout aussi bien les études et rapports produits par l'administration que les avis et observations préalablement émis par des tiers dans le cadre de la procédure d'élaboration du projet. L'accès à ces données d'information complémentaires n'est toutefois pas organisé systématiquement au sein de chaque modèle participatif.

333. Sauf à remettre en cause leur philosophie générale, les procédures de participation précoce n'ont pas vocation à permettre la diffusion au public d'une information complète sur le projet. Elles invitent en effet à construire l'élaboration d'un projet et il suffit à ce stade que ses objectifs et son économie générale soient présentés. Au stade de la participation précoce, les rapports et expertises ne sont en principe pas finalisés. Puisqu'elle précède l'arrêt du projet et, donc la phase ultérieure de consultation, aucun avis n'a en principe été émis. C'est donc logiquement que le droit positif n'organise aucun droit d'accès à des documents préparatoires dans le cadre du débat public et de l'essentiel des procédures de concertation préalable. Toutefois, dans la pratique, de tels documents peuvent tout à fait être diffusés s'ils existent à ce stade. Lors d'un débat public, le public a d'ailleurs souvent accès à « *une profusion d'informations* »¹⁸³⁹ puisque, outre le dossier soumis au débat, sont généralement disponibles de multiples avis d'experts.

Il faut ici regretter l'inversion de logique intervenue à l'article L. 103-4 du code de l'urbanisme à la suite de l'ordonnance du 5 janvier 2012¹⁸⁴⁰, et selon laquelle les modalités de la concertation « *doivent (...) permettre au public d'accéder aux informations relatives au projet et aux avis requis par les dispositions législatives ou réglementaires applicables* »¹⁸⁴¹, ce qui induit l'organisation d'une concertation avec le public postérieurement à une phase de consultation, ce qui n'a pas véritablement de sens. Il y a ici une inversion de logique fort regrettable sur laquelle il serait nécessaire de revenir. La phase de concertation devrait rester

en particulier celui des droits de la défense n'imposent (...) la communication de l'avis de la commission à la personne concernée ».

¹⁸³⁹ J.-F. STRUILLLOU, « Commission nationale du débat public - Le droit à la participation », *Etudes foncières*, n° 104, juillet-août 2003, p. 16.

¹⁸⁴⁰ Ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012 portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme, *JO*, 16 février 2013, p. 2660 (article 6).

¹⁸⁴¹ Article L. 103-4 du code de l'urbanisme.

préalable à toute phase de consultation. Va dans ce sens l'article L. 121-16-1 du code de l'environnement selon lequel, « *dans le cas où la consultation d'un organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision en cause est obligatoire et lorsque celle-ci intervient après la concertation préalable, la synthèse des observations et propositions du public lui est transmise préalablement à son avis* », même si la rédaction semble indiquer que la situation inverse d'une consultation avant une concertation pourrait s'envisager.

334. Au stade d'une consultation fermée, les membres de l'organe consulté, l'autorité ou la personne consultée n'ont encore par principe aucun droit d'accès aux documents préparatoires, qu'il s'agisse des notes, rapports, études produites par l'administration ou le responsable d'un projet ou des avis préalablement émis. Le Conseil d'État a pu rappeler cette règle générale dans un arrêt du 8 juillet 2009 « Syndicat national C.Justice et autres »¹⁸⁴² en indiquant que « *la circonstance que les avis rendus par les instances consultées (...) n'aient pas été transmis aux membres du Conseil est également sans influence sur la régularité de la consultation dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose une telle transmission, dont les requérants ne font pas apparaître en quoi elle aurait été nécessaire aux débats* »¹⁸⁴³. En la matière, il suffit donc que l'administration diffuse aux personnes, autorités et organes consultés des éléments leur permettant « *d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions* »¹⁸⁴⁴. Autrement dit, il suffit qu'ils aient reçu une information suffisante sur le projet et ses motifs. Ces éléments ressortent nécessairement de documents préparatoires, mais tous les documents préparatoires n'ont pas à être transmis lors d'une procédure consultative. Dès lors, il faut se référer aux dispositions législatives et réglementaires particulières pouvant ponctuellement

¹⁸⁴² CE, 8 juillet 2009, n° 317423, Syndicat National C.JUSTICE et autres.

¹⁸⁴³ Voir aussi CE, 1er févr. 1993, Conféd. nationale des administrateurs de biens de Paris et de la région Île- de-France et a., Rec. 568. : « *Considérant, en second lieu, que si le rapport définitif du ministre chargé du logement de juin 1990 sur l'évolution des loyers en province et dans l'agglomération de Paris en 1989 n'a été remis aux membres de la commission nationale de concertation qu'au cours de la séance du 10 juillet 1990, il ressort des pièces du dossier que les éléments nouveaux contenus dans ce document, par rapport à la situation, qui était connue, du marché locatif en France en 1988, et notamment les résultats de l'étude réalisée par l'Observatoire des Loyers de l'Agglomération Parisienne (O.L.A.P.) sur l'évolution des loyers dans la région parisienne en 1989, avaient été communiqués aux membres de la commission avec leur convocation ; que, dans ces conditions, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la commission nationale de concertation n'aurait pas été en mesure de se prononcer sur le projet de décret qui lui était soumis* ».

¹⁸⁴⁴ CE, 14 novembre 2012, n° 342327, Commune de Mandelieu-la-Napoule, Rec. ; AJDA, 2012, p. 2198 ; AJCT, 2013, p. 204, obs. V. GRILLET-CARABAJAL.

organiser plus précisément ce droit à l'information préalable en vue de l'accès aux documents préparatoires, ce qui reste exceptionnel. Cette situation se présente pour un collégial à caractère consultatif qui dispose du droit de prendre connaissance du bilan d'une concertation préalablement menée en vertu de l'article L. 121-16-1 du code de l'environnement. De la même façon, l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement envisage la situation d'une consultation du public intervenant avant la consultation d'un organisme, puisqu'il est prévu que « *dans le cas où la consultation d'un organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision en cause est obligatoire et lorsque celle-ci intervient après la consultation du public, la synthèse des observations et propositions du public lui est transmise préalablement à son avis* ». Cette disposition laisse à l'administration une souplesse lorsqu'il lui revient de mettre en œuvre une procédure de consultation fermée et une procédure de consultation ouverte. Elle peut alors choisir de les organiser l'une après l'autre ou les mener parallèlement.

335. Le droit d'accès aux documents préparatoires n'est pas non plus toujours organisé dans le cadre des procédures de consultation ouverte. Il ne l'est ni pour la procédure de consultation ouverte sur Internet, ni pour les enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation, ni pour les procédures de participation du public visées aux articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement. On retrouve ici encore la souplesse offerte à l'administration lorsqu'elle est tenue de mettre en œuvre une procédure de consultation fermée et une procédure de consultation ouverte. En effet, dans ces hypothèses l'administration n'est pas tenue d'organiser la phase de consultation du public postérieurement à la phase de consultation fermée. Il aurait toutefois été intéressant que le législateur prévoie au moins que le bilan d'une concertation préalablement menée et que les avis obligatoires préalablement rendus puissent intégrer le dossier soumis au public. Cela ne serait pas particulièrement contraignant pour l'administration et cela renforcerait l'information à destination du public.

L'exigence de diffusion des documents préparatoires se retrouve inversement dans le cadre de l'enquête publique environnementale et la procédure régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, pour lesquelles le dossier d'information doit comprendre « *les pièces et avis exigés par les législations et réglementations applicables au projet, plan ou programme* », ce qui comprend lorsqu'ils sont rendus obligatoires par un texte législatif ou réglementaire préalablement à l'ouverture de la procédure, le bilan de la concertation préalable

si elle a eu lieu, les avis émis sur le projet plan, ou programme, l'avis de l'autorité environnementale émis dans le cadre de l'évaluation environnementale¹⁸⁴⁵, les avis des collectivités publiques intervenus lors de cette même évaluation environnementale¹⁸⁴⁶ ainsi que logiquement l'évaluation environnementale elle-même. Lors d'une enquête publique régie par le code des relations entre le public et l'administration, l'obligation se limite aux seuls avis requis par les lois et règlements¹⁸⁴⁷. Ce faisant, le législateur impose ici l'articulation entre les différentes phases de consultation. Dans ces trois hypothèses, la participation du public intervient nécessairement après la phase obligatoire de consultation fermée, puisque les avis obligatoires doivent intégrer le dossier d'information. Il s'agit là de dispositifs isolés qui ne répondent à aucune exigence constitutionnelle¹⁸⁴⁸. Si cette solution garantit la complétude de l'information à destination du public, intervenant dans l'ultime phase de la procédure d'élaboration du projet avant son adoption éventuelle, ce séquençage préconçu du processus décisionnel s'avère tout à fait partiel. L'organisation facultative d'une consultation fermée postérieurement à la consultation du public reste tout à fait possible. Ce dispositif n'empêche pas non plus la liberté pour les tiers de rendre des avis spontanés.

336. Il faut aussi caractériser la situation plurielle des processus référendaires. Lors d'un référendum local, le dossier d'information à destination des électeurs contient « *s'il y a lieu, les notes, rapports, avis et tous autres documents requis par la loi ou le règlement pour l'information préalable à la prise des décisions par les autorités territoriales compétentes* »¹⁸⁴⁹. Inversement, lors d'une consultation locale des électeurs régie par le code général des collectivités territoriales, il est simplement imposé à l'administration de diffuser les observations formulées par les membres de l'assemblée délibérante à l'occasion de la délibération par laquelle la consultation a été décidée. Même si cette obligation reste délicate à

¹⁸⁴⁵ Article R. 123-8 du code de l'environnement.

¹⁸⁴⁶ Articles L. 122-1 V, R. 122-7 et R. 122-9 du code de l'environnement.

¹⁸⁴⁷ Article R. 134-22 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁸⁴⁸ CE, 4 octobre 2017, n° 412239. Saisi d'une demande de renvoi d'une question prioritaire à l'encontre d'une procédure de mise à disposition du public, le Conseil d'État a rejeté la requête en considérant que « *le droit du public de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement implique que la personne publique concernée mette à la disposition du public les éléments suffisants pour que la consultation puisse avoir lieu utilement ; qu'il n'impose pas que cette consultation ne puisse intervenir qu'une fois que tous les avis des instances techniques et scientifiques dont la consultation est obligatoire en vertu des textes aient nécessairement été rendus au préalable ; qu'ainsi, et eu égard à la marge d'appréciation dont dispose le législateur pour déterminer les modalités de mise en œuvre de ce principe, les dispositions critiquées, en n'ayant pas imposé que la consultation du public n'intervienne qu'après que les organismes dont la consultation est obligatoire aient tous rendu leur avis, n'ont pas méconnu les dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement* ».

¹⁸⁴⁹ Article R. 1112-2 alinéa 4 du code général des collectivités territoriales.

concrétiser¹⁸⁵⁰, ces observations « *peuvent constituer l'amorce d'un débat contradictoire que les électeurs seront amenés à trancher* »¹⁸⁵¹. Elle s'ajoute au rôle reconnu aux groupements politiques dans le cadre de la campagne référendaire. Cette philosophie du droit n'explique cependant pas pourquoi cette mention n'est pas imposée pour les référendums locaux. Rien ne justifie qu'elle soit présente dans l'un et pas dans l'autre. Un alignement avec le régime du référendum local pourrait conduire à une mention des documents requis par les lois et règlements. S'agissant de la consultation des électeurs régie par le code de l'environnement, le dossier doit comporter une information aux contours assez flous, puisqu'il doit mentionner « *les principaux documents de nature à éclairer les électeurs et comporte les liens vers les sites Internet où ces documents peuvent être consultés* ». Le législateur n'impose pas nécessairement la diffusion des documents requis par les lois ou les règlements, mais impose la mention des « *principaux documents* » qu'ils soient d'ailleurs obligatoires ou facultatifs. Les contours de cette expression ne peuvent aujourd'hui pas être identifiés en l'absence de jurisprudence intervenue pour la préciser. Il faut néanmoins souligner la qualité du dossier constitué par la Commission nationale du débat public dans l'affaire Notre-Dame-des-Landes¹⁸⁵² qui a présenté les points d'incertitudes, les éléments d'étude relatifs à un projet alternatif et s'est efforcée, de façon pédagogique, de mettre en balance les arguments des deux parties opposées, dans une rubrique « *6 arguments pour voter pour / 6 arguments pour voter contre* », même si les opposants au projet ont critiqué l'absence de mention de l'ensemble de leurs arguments. La Commission nationale du débat public est allée plus loin que la stricte lecture littérale de dispositions qui semblent remplir largement les conditions de complétude de l'information préalable.

337. S'agissant enfin des citoyens invités à participer comme membres d'organes collégiaux délibérants, on pourrait penser qu'ils seraient fondés à revendiquer un droit d'accès étendu à l'ensemble des documents préparatoires, à l'instar de la garantie offerte aux élus locaux. Pour ces derniers, depuis la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République¹⁸⁵³, qui confirme surtout un état du droit préexistant plus qu'elle innove, « *tout*

¹⁸⁵⁰ J.-L. FOREL, « Quelques remarques sur le "référendum local" », *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁵¹ M. VERPEAUX, « La dernière réforme - en date - du droit des consultations locales en France », *AJDA*, 2006, p. 866 et s.

¹⁸⁵² <https://www.debatpublic.fr/projet-transfert-laeroport-nantes-atlantique-commune-notre-dame-landes>.

¹⁸⁵³ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

membre du conseil (...) a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la [commune, département ou région] qui font l'objet d'une délibération »¹⁸⁵⁴. Ce droit leur garantit un accès à l'ensemble des documents administratifs communicables en vertu de la loi du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs, c'est-à-dire tout acte administratif et tout document arrêté non préparatoire à une décision administrative. Il s'agit là de documents définitifs. Mais ce droit à l'information préalable leur accorde aussi un accès à l'ensemble des documents préparatoires au projet de décision que l'assemblée est invitée à adopter, alors que ces documents n'entrent pas dans le champ de la loi du 17 juillet 1978¹⁸⁵⁵. Il s'agit de l'ensemble des notes, rapports et avis émis que ce soit à titre obligatoire ou à titre facultatif, de sorte que leur information doit être considérée comme exhaustive sur ce point. L'accès à ces documents permet aux membres des assemblées locales d'exercer leur fonction délibérative et ainsi de se prononcer en pleine connaissance de cause. L'information de chaque conseiller élu est « *une base, une exigence première, sur laquelle doit reposer le bon exercice de la fonction délibérante d'une assemblée démocratique. Ainsi, pour que les élus puissent exercer pleinement leur liberté de proposition, de discussion et de vote, il convient qu'ils disposent de tous les renseignements que l'exécutif détient par sa fonction* ». Ce qui est vrai pour les élus locaux, devrait l'être pour tous les membres d'un organe collégial décisionnels. Or, en l'état actuel du droit, le juge se contente d'une information suffisante sur le projet, comprenant le texte de la délibération et les documents nécessaires à l'examen des affaires, à l'instar d'un organe collégial intervenant à titre consultatif¹⁸⁵⁶. Il y a ici matière à évolution du droit afin d'étendre de façon générale, le droit des élus locaux à tous les membres des organes collégiaux décisionnels, en vertu de leur fonction délibérative.

338. Dans l'ensemble, lorsqu'il est juridiquement organisé, le droit d'accès aux documents préparatoires se limite aux documents requis par les lois et les règlements, laissant à l'administration la faculté de garder secret le reste des éléments d'instruction du dossier conservant un caractère purement facultatif. Le législateur serait tout à fait fondé à généraliser cette règle dans un souci de perfectionnement du régime de la participation citoyenne.

¹⁸⁵⁴ Articles L. 2121- 13, L. 3121- 18 et L. 4132- 17 du code général des collectivités territoriales.

¹⁸⁵⁵ CE, 29 juin 1990, Commune de Guitrancourt, *Rec.* 608, *LPA*, 20 février 1991, n° 22, p. 12, note F. CHOUVEL ; *LPA*, 19 septembre 1990, n° 113, note T. CELERIER.

¹⁸⁵⁶ Voir *supra*, n° 321 et s.

B – L'exposé des incidences environnementales du projet, plan ou programme

339. Complément d'information permettant au citoyen de se faire un avis sur l'opportunité et la proportionnalité d'un projet, plan ou programme, l'information du public sur les conséquences d'un projet est particulièrement organisée au sein de la matière environnementale, où il n'est pas rare que le droit impose la diffusion d'un document recensant les principaux impacts environnementaux et sanitaires d'un projet, plan ou programme. Deux catégories de documents intègrent ces données : il s'agit de l'évaluation environnementale ou, à défaut, de la note de présentation du projet, plan ou programme.

340. Depuis 1976¹⁸⁵⁷, et sous l'influence du droit de l'Union européenne¹⁸⁵⁸, de nombreux projets, plans ou programmes¹⁸⁵⁹ nécessitent préalablement à leur autorisation ou approbation la réalisation d'une étude d'impact ou d'une évaluation environnementale¹⁸⁶⁰ par le maître d'ouvrage d'un projet ou le responsable du plan ou programme. Elle doit être produite soit systématiquement soit après un examen au cas par cas effectué par l'autorité environnementale. Une évaluation environnementale peut se définir comme un processus constitué de l'élaboration d'un rapport sur les incidences environnementales, de la réalisation de consultations et de la prise en compte de l'ensemble des informations qui en ressortent par l'autorité compétente pour autoriser le projet ou pour adopter ou approuver le plan ou programme¹⁸⁶¹.

Sa fonction principale est de permettre à l'administration, sous le contrôle du juge, de mesurer les conséquences d'un projet de décision sur l'environnement et la santé humaine et partant de prendre des mesures de nature à les diminuer¹⁸⁶². Pour ce faire, une étude d'impact

¹⁸⁵⁷ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JO*, 13 juillet 1976, p. 4203.

¹⁸⁵⁸ Directive 2014/52/UE du parlement européen et du conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L. 124, 25 avril 2014 ; Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE*, n° L 197, 21 juillet 2001, p. 0030-0037.

¹⁸⁵⁹ Les projets soumis à étude d'impact sont visés aux articles L. 122-1 et R. 122-2 et 3 du code de l'environnement. Les plans et programmes sont visés aux articles L. 122-4, L. 122-5 et R. 122-17 du code de l'environnement et aux articles L. 104-1 à 3 et R. 104-1 à 17 du code de l'urbanisme.

¹⁸⁶⁰ L'expression « étude d'impact » est retenue spécifiquement pour les « projets ». La notion d'«évaluation environnementale » est plus générique et s'applique dans les faits aux « plans et programmes ».

¹⁸⁶¹ Cette formulation intègre les définitions présentes aux articles L. 122-1 et L. 122-4 du code de l'environnement.

¹⁸⁶² En vertu de l'article L. 122-3 IV, l'autorité compétente pour autoriser un projet peut imposer « *mesures destinées à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine* ».

ou une évaluation environnementale doit comporter toute une série d'éléments¹⁸⁶³. Le premier élément est constitué par une description du projet, notamment ses caractéristiques physiques et sa localisation, ou du plan ou programme, à savoir ses objectifs et son contenu. Le deuxième élément est constitué par une description de l'état initial de l'environnement sur le territoire duquel a vocation à être implanté le projet ou s'applique le plan ou programme. Sont principalement identifiés les facteurs susceptibles d'être affectés de manière notable, à savoir la population et la santé humaine, la biodiversité en accordant une attention particulière aux espèces et aux habitats protégés¹⁸⁶⁴, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, le paysage. Le troisième élément est constitué d'une étude des effets notables de la mise en œuvre du projet, plan ou programme sur cet environnement. Ces effets peuvent être directs ou indirects, à court, moyen et long termes, permanents ou temporaires, positifs ou négatifs. La méthode retenue pour évaluer ces effets doit être décrite et l'analyse doit prendre en compte les interactions entre l'ensemble des facteurs identifiés, l'évolution probable de l'environnement en l'absence de mise en œuvre du projet, plan ou programme¹⁸⁶⁵ ainsi que les effets cumulés avec d'autres projets¹⁸⁶⁶, plans ou programmes connus¹⁸⁶⁷. Pour un projet, cette analyse doit se faire notamment au regard de ses caractéristiques, c'est-à-dire au regard de l'existence d'éventuels travaux de démolition, au regard des technologies et substances utilisées, de l'utilisation des ressources naturelles, notamment de leur disponibilité durable, de l'émission de pollutions, de risques, de nuisances et de déchets, des incidences susceptibles de résulter de la vulnérabilité du projet aux risques d'accidents majeurs et aux catastrophes pertinents pour le projet concerné, et de l'impact sur le changement climatique. Lorsqu'il est constitué de plusieurs travaux, installations, ouvrages ou autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, le projet doit aussi être apprécié dans son ensemble. Le quatrième élément est constitué par la description des mesures envisagées pour éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets

¹⁸⁶³ Voir les articles L. 122-1, L. 122-3, L. 122-6, R. 122-5 et R. 122-20 du code de l'environnement. Des dispositions particulières sont en outre prévues notamment en matière d'infrastructures de transports, d'incidences Natura 2000, d'installations classées pour la protection de l'environnement ou encore de sûreté nucléaires.

¹⁸⁶⁴ Au titre de la directive 92/43/ CEE du 21 mai 1992 et de la directive 2009/147/ CE du 30 novembre 2009.

¹⁸⁶⁵ Cette analyse s'opère « dans la mesure où les changements naturels par rapport au scénario de référence peuvent être évalués moyennant un effort raisonnable sur la base des informations environnementales et des connaissances scientifiques disponibles ».

¹⁸⁶⁶ Article R. 122-5 du code de l'environnement : « ces projets sont ceux qui, lors du dépôt de l'étude d'impact :
- ont fait l'objet d'un document d'incidences au titre de l'article R. 214-6 et d'une enquête publique ;
- ont fait l'objet d'une évaluation environnementale au titre du présent code et pour lesquels un avis de l'autorité environnementale a été rendu public.

¹⁸⁶⁷ Sont exclus les projets ayant fait l'objet d'un arrêté au titre des articles R. 214-6 à R. 214-31 mentionnant un délai et devenu caduc, ceux dont la décision d'autorisation est devenue caduque, dont l'enquête publique n'est plus valable ainsi que ceux qui ont été officiellement abandonnés par le maître d'ouvrage ».

négatifs notable du projet, plan ou programme sur cet environnement¹⁸⁶⁸, ainsi que des modalités de suivi de ces mesures et de leurs effets. C'est sur la base de tous ces éléments que l'évaluation environnementale doit présenter à nouveau en cinquième lieu une indication des principales raisons de son choix, notamment du point de vue de son insertion dans l'environnement. Enfin, le sixième et dernier élément est constitué par la présentation des principales solutions de substitution qui ont été examinées. La présentation de l'évaluation environnementale doit être proportionnée à la sensibilité environnementale de la zone susceptible d'être affectée par le projet, plan ou programme et par l'importance et la nature de ce dernier, au regard des informations environnementales et des connaissances scientifiques disponibles. À ce titre, des nouvelles évaluations environnementales peuvent être organisées pour compléter l'information à destination de l'autorité compétente pour autoriser le projet ou de la personne responsable du plan ou programme.

Parallèlement à cette fonction de protection de l'environnement, l'évaluation environnementale a aussi pour fonction d'informer le public, afin de lui permettre de mesurer l'opportunité et la proportionnalité du projet. « *L'étude d'impact est un document essentiel du processus d'information du public* »¹⁸⁶⁹. Lorsqu'une étude d'impact d'un projet ou une évaluation environnementale d'un plan ou programme est requise, cette dernière doit être présente dans le dossier de l'enquête publique environnementale ou de la procédure de participation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement. Or, le degré d'exhaustivité et de technicité d'une évaluation environnementale ne garantit pas en tant que telle l'intelligibilité de cette source d'information à destination du public. C'est la raison pour laquelle le droit impose la diffusion d'un résumé non technique de l'ensemble des éléments compris dans l'évaluation environnementale. Concrètement, ce résumé non technique témoigne d'une « *ambition pédagogique* »¹⁸⁷⁰ consistant à reprendre l'essentiel des conclusions tirées par l'évaluation environnementale en des termes accessibles pour les profanes. Or, si l'évaluation environnementale permet de renforcer l'information à destination du public, il faut tout de même en relativiser la portée. Même résumée en termes intelligibles, une évaluation environnementale conserve sa technicité, qui ne peut être comprise dans le détail que par des « *spécialistes chevronnés* »¹⁸⁷¹, non par le profane. Son auteur est d'ailleurs incité à l'étoffer

¹⁸⁶⁸ S'il n'est pas possible de compenser les effets, le rapport justifie cette impossibilité.

¹⁸⁶⁹ CAA Lyon, 14 mai 2014, n° 13LY01523, Association Carton rouge et autres.

¹⁸⁷⁰ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁸⁷¹ M.-F. DELHOSTE, « Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen », *op. cit.*, p. 1061.

pour prévenir le risque contentieux « *au point que – volontairement ou involontairement – le public n'est pas souvent privé d'information... mais bien noyé sous l'information ; or trop d'information tue l'information* »¹⁸⁷². En outre, elle reste avant tout un document commandé et financé par le responsable du projet, plan ou programme, qui n'a aucun intérêt à voir son projet remis en cause, ce qui fait douter de sa « *sincérité* »¹⁸⁷³. Il s'agit alors « *moins d'un instrument de choix éclairé que d'un document promotionnel à l'appui du projet retenu* »¹⁸⁷⁴. C'est pour répondre à cette limite et pour garantir l'objectivité de l'information transmise, que, depuis la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹⁸⁷⁵ et son décret du 29 décembre 2011¹⁸⁷⁶, le dossier d'enquête doit désormais comporter l'avis de l'autorité environnementale spécifiquement rendu à propos de l'évaluation environnementale¹⁸⁷⁷. Le public peut ainsi « *disposer de deux informations qui, à défaut d'être contradictoires, lui permettront d'avoir une vue plus juste des questions environnementales posées par un projet et de la pertinence des solutions compensatoires qui sont susceptibles d'être mises en œuvre* »¹⁸⁷⁸.

341. À défaut d'évaluation environnementale, le droit de l'environnement impose généralement une forme plus allégée de description des incidences du projet, plan ou programme sur l'environnement par le responsable.

Ainsi, le droit des enquêtes publiques environnementales et des procédures régies par l'article L. 123-19 du code de l'environnement impose la diffusion d'une « *note de présentation non technique* »¹⁸⁷⁹ devant simplement comprendre depuis 1976¹⁸⁸⁰ « *un résumé des principales raisons pour lesquelles, notamment du point de vue de l'environnement, le projet,*

¹⁸⁷² CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui, op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁷³ J.-C. HÉLIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 210.

¹⁸⁷⁴ P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *op. cit.*

¹⁸⁷⁵ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905.

¹⁸⁷⁶ Décret n° 2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement, *JO*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22692.

¹⁸⁷⁷ Article R. 123-8 du code de l'environnement.

¹⁸⁷⁸ J.-C. HÉLIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 210.

¹⁸⁷⁹ Articles L. 123-6, L. 123-19 et R. 123-8 du code de l'environnement.

¹⁸⁸⁰ Décret n° 76-432 du 14 mai 1976 modifiant le décret n° 59-701 du 6 juin 1959 portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique et portant dispositions diverses pour l'application du titre III de la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975, *JO*, 19 mai 1976, p. 2983. Cette disposition fut ensuite codifiée à l'article R. 11-3 du code de l'expropriation avant d'être retirée depuis l'application du décret n° 2014-1635 du 26 décembre 2014 relatif à la partie réglementaire du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *JO*, n° 0300, 28 décembre 2014, p. 22598.

plan ou programme soumis à enquête a été retenu »¹⁸⁸¹. Cette notice vise ainsi à justifier le projet « *notamment du point de vue de l'environnement* ». Il ne s'agit ici pas de soumettre l'ensemble des facteurs pouvant être affectés à une analyse exhaustive contrairement à l'évaluation environnementale, mais de préciser *a minima* et de façon « *non technique* » les incidences significatives sur l'environnement. L'absence de précision textuelle laisse au juge le soin d'en préciser les contours. Il faut aussi remarquer qu'en présence de l'expression « *notamment* », que l'on retrouve également dans le résumé non technique de l'évaluation environnementale, la précision des impacts ne se limite donc pas nécessairement aux seuls aspects environnementaux. En réalité, ce sont l'ensemble des éléments pouvant entrer dans le cadre de la théorie du bilan « coûts-avantages » qui doivent être recensés, à savoir « *les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »¹⁸⁸². Une rédaction plus proche de cette expression prétorienne aurait le mérite d'être retenue pour la précision du contenu de la notice de présentation, comme par exemple l'indication de la justification du projet au regard des « *inconvénients d'ordre social et environnemental* ».

Une telle rédaction plus large se retrouve en matière de consultation des électeurs régie par le code de l'environnement, pour laquelle le dossier d'information sur le projet comprend « *ses impacts sur l'environnement et les autres effets qui en sont attendus* »¹⁸⁸³. Il en va de même lors d'une saisine de la Commission nationale du débat public, puisqu'elle peut « *décider d'organiser un débat public ou une concertation préalable permettant de débattre (...) des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ainsi que de leurs impacts significatifs sur l'environnement et l'aménagement du territoire* ». Cette précision est réitérée dans le cadre du

¹⁸⁸¹ Cette exigence réapparaît étonnamment au sein des dispositions relatives aux enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation (article R. 112-6) et le code des relations entre le public et l'administration (R. 134-22) puisqu'il y est prévu que la notice indique, outre l'objet, « *les raisons parmi lesquelles (...) le projet soumis à l'enquête a été retenu, notamment du point de vue de son insertion dans l'environnement* », alors même que les décisions visées n'ont par nature pas nécessairement vocation à avoir une incidence significative sur l'environnement. Cette remarque avait justifié la disparition de l'expression dans le code de l'expropriation en 2016, mais cette expression est réapparue en 2017. Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 relatif aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes, *JO*, n° 0099, 27 avril 2017, texte n° 6 (article 9).

¹⁸⁸² CE, ass., 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est », *Rec.*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *AJDA*, 1971, p. 404, chr. LABETOULLE et CABANES et 463, concl. BRAIBANT ; *RA*, 1971, p. 422, concl. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE ; *D.*, 1972, p.194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971, II, 16873, note HOMONT ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE.

¹⁸⁸³ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

dossier de saisine de la Commission nationale du débat public¹⁸⁸⁴ et des dispositions propres aux débats publics¹⁸⁸⁵.

Inversement, les dispositions propres à la concertation préalable régies par le code de l'environnement se limitent à la simple mention des incidences sur l'environnement, puisque le dossier d'information doit présenter « *un aperçu des incidences potentielles sur l'environnement* »¹⁸⁸⁶, ce qui démontre que le législateur souhaite recentrer le dispositif sur le seul examen des incidences environnementales d'un projet, plan ou programme.

Sans raison apparente, certains dispositifs n'envisagent même pas cette information relative aux incidences d'un projet plan et programme. Ainsi en va-t-il pour les projets soumis à concertation préalable en vertu du code de l'urbanisme et pour les décisions soumises aux procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, quand bien même sont visés des projets, plans ou programmes ayant une incidence significative sur l'environnement. Une correction mériterait d'être apportée afin d'étendre cette exigence à l'ensemble des instruments participatifs relatifs aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. Cette remarque est aussi valable au sujet de la présentation des alternatives au projet, plan ou programme que l'on peut retrouver au sein de certains instruments de participation du public dans le domaine de l'environnement.

C – L'exposé des alternatives au projet, plan ou programme

342. Au sein des instruments de participation du public dans le domaine de l'environnement, la justification du projet, plan ou programme au regard de ses incidences sur l'environnement est généralement accompagnée d'une présentation des *scenarii* alternatifs qui ont pu être étudiés, ce qui conduit le responsable du projet, plan ou programme à justifier que son choix est le plus judicieux au regard des options qui s'ouvrent à lui. Il s'agit là d'un aboutissement de l'information sur le projet. Le responsable du projet, plan ou programme « *ne doit pas donner les raisons de son choix dans l'absolu, mais par rapport aux autres "partis" possibles. On retrouve ici le souci mentionné plus haut d'une amélioration de l'information du public,*

¹⁸⁸⁴ Articles L. 121-8 et R. 121-5 du code de l'environnement.

¹⁸⁸⁵ Article L. 121-9 du code de l'environnement.

¹⁸⁸⁶ Articles L. 121-18 et R. 121-20 du code de l'environnement.

amélioration non seulement quantitative mais également qualitative. Il s'agit finalement de placer les intéressés dans les mêmes conditions de choix que celles dans lesquelles s'est trouvée l'administration elle-même »¹⁸⁸⁷.

À l'échelle supra-nationale, cette exigence a été formalisée à l'article 6 de la Convention d'Aarhus qui impose que le dossier d'information comporte « un aperçu des principales solutions de remplacement étudiées par l'auteur » du projet. De la même façon, sont requis au terme de l'article 5 de la directive « projet »¹⁸⁸⁸, « *une esquisse des principales solutions de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage* », de l'article 9 de la directive « plans et programmes »¹⁸⁸⁹, « *les raisons du choix du plan ou du programme tel qu'adopté, compte tenu des autres solutions raisonnables qui avaient été envisagées* »

En droit interne, cette exigence est apparue dans le cadre de l'enquête publique dès le décret du 14 mai 1976, qui a imposé que la note de présentation du projet soumis à enquête publique indique les raisons pour lesquelles le projet a été retenu notamment du point de vue de son insertion dans l'environnement « *parmi les partis envisagés* »¹⁸⁹⁰. Cette formulation a disparu du droit des enquêtes publiques environnementales depuis 2012¹⁸⁹¹, mais réapparaît en présence d'une évaluation environnementale ou d'une étude d'impact pour lesquelles doivent être décrites les « *principales solutions de substitution raisonnables* » examinées par le maître d'ouvrage du projet ou le responsable du plan ou programme¹⁸⁹², ainsi que les « *avantages et inconvénients qu'elles présentent* »¹⁸⁹³. Si la règle est bien affirmée, sa portée reste cependant très relative. La notion de « partis envisagés » n'ayant pas de « *contenu juridique clair* »¹⁸⁹⁴, il est revenu au juge d'en préciser les contours. Au regard de la jurisprudence, force est de constater que le juge a délibérément choisi d'en retenir une « *version extrêmement*

¹⁸⁸⁷ M. D. HAGELSTEEN, « La réforme de la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique », *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁸⁸ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, n° L 26, 28 janvier 2012, p. 1.

¹⁸⁸⁹ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE*, n° 197, 21 juillet 2001, p. 30.

¹⁸⁹⁰ Cette formulation a été reprise au sein du code de l'expropriation (article R. 112-6) et du code des relations entre le public et l'administration (article R. 134-22).

¹⁸⁹¹ Décret n° 2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement, *JO*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22692 (article 3) ; Décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0105, 4 mai 2012, p. 7884 (article 5). Avant ce décret, cette mention était présente à l'article R. 123-6 du code de l'environnement.

¹⁸⁹² Articles L. 122-3, L. 122-6, R. 122-5 et R. 122-20 du code de l'environnement.

¹⁸⁹³ Article R. 122-20 du code de l'environnement.

¹⁸⁹⁴ J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 484.

restrictive »¹⁸⁹⁵, en vue de ne pas alourdir le travail d’instruction du responsable du projet, plan ou programme. Il faut en effet constater que l’obligation qui en résulte ne contraint en réalité l’administration qu’à mentionner les projets qu’elle a elle-même étudiés volontairement¹⁸⁹⁶. Cette obligation de mention des partis envisagés n’a ni pour objet ni pour effet de contraindre le responsable du projet, plan ou programme « à envisager tous les projets éventuellement susceptibles de répondre à l’intérêt général recherché »¹⁸⁹⁷. Le juge ne censure pas l’hypothèse dans laquelle le responsable n’aurait véritablement étudié que le seul projet soumis au processus participatif¹⁸⁹⁸. Il ne résulte pour le responsable ni d’obligation d’envisager des alternatives au projet, ni d’obligation de mentionner l’existence de contre-projets construits par d’autres acteurs. L’administration n’est donc pas contrainte de justifier le rejet des contre-projets élaborés par les tiers, « s’ils n’ont pas fait l’objet d’une analyse par ses soins »¹⁸⁹⁹. Le juge administratif n’a pas souhaité reprendre les précisions qu’avait pourtant apportées le Gouvernement lui-même dans le cadre de la directive du 14 mai 1976. Cette dernière interprétait le décret du même jour « dans un esprit très libéral »¹⁹⁰⁰, puisqu’elle jugeait nécessaire de « mentionner explicitement les principales dispositions des autres projets qui auront pu être élaborés en dehors de l’administration, par exemple par des associations ». Cette jurisprudence laisse à l’administration « l’entière maîtrise du jeu : elle décide librement de ne pas les "envisager", autrement dit de ne pas les étudier pour n’avoir pas à justifier leur rejet »¹⁹⁰¹. En outre, de façon contestable, le juge limite l’obligation de diffusion quand bien même des variantes du projet ont été élaborées. Il estime que la notice n’a pas à prendre en considération, pour les comparer, différents tracés autoroutiers, s’ils sont de simples variations du projet retenu, c’est-à-dire lorsqu’elles ne présentent pas de « différences significatives »¹⁹⁰². Parallèlement, dans l’hypothèse où un autre parti a été envisagé, le juge autorise le responsable du projet à ne pas le diffuser s’il a été expressément abandonné depuis un délai « significatif »

¹⁸⁹⁵ B. DELAUNAY, *L’amélioration des rapports entre l’administration et les administrés*, op. cit., p. 62.

¹⁸⁹⁶ CE, 10 décembre 1982, Vasseur, *Rec.*, tables., p. 642 ; *D.S.*, 1983, IR, 287, note P. BON.

¹⁸⁹⁷ CE, 25 mars 1994, n° 124545, Mme Lenormand et Mme Pillieux, *RDI*, 1994, p. 433, obs. Y. GAUDEMET, H. SAVOIE et L. TOUVET ; *BJDU*, 1994, n° 5, p. 10, concl. SCANVIC. Voir aussi par exemple CE, 24 oct. 1984, n° 44865 Ministre du Temps libre c/SCI du Domaine de Sermaize, *Rec.* 336 ; CE, 8 nov. 1993, n° 119021 et 120447, Cne de Valenton et Cne de Villecrenes, *Rec.*, *DI*, 1994, p. 418, obs. B. DU MARAIS et C. MOREL ; CE, 28 juill. 2000, n° 170564, Cts Cerise et a., *Rec.*.

¹⁸⁹⁸ CE, 25 mars 1994, Mme Lenormand et Mme Pillieux, op. cit.

¹⁸⁹⁹ B. DELAUNAY, *L’amélioration des rapports entre l’administration et les administrés*, op. cit., p. 62-63.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 62.

¹⁹⁰¹ J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l’environnement », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d’enquête publique*, Economica, 1986, p. 130.

¹⁹⁰² CE, 7 décembre 1979, Association fédérative régionale pour la protection de la nature à Strasbourg, *Rec.*, p. 457 ; *D.*, 1980, IR, p. 357, obs. BON, chron. HOSTIOU ; *AJPI*, 1981, p. 102 ; *RJEP/CJEG*, juris, p. 157, note J.-P. PAPIN : à propos d’un tracé de déviation routière.

par rapport à la date de l'acte prescrivant l'ouverture de l'enquête publique¹⁹⁰³. Enfin, l'obligation de présenter les autres partis envisagés ne constitue qu'une simple obligation de forme. Si « *le devoir d'information de l'administration inclut celui d'exposer les raisons pour lesquelles elle refuse de retenir d'autres solutions* »¹⁹⁰⁴, le juge ne contrôle pas la pertinence du choix retenus avec d'autres partis envisagés. Juridiquement, le responsable n'est jamais tenu de choisir une meilleure solution possible¹⁹⁰⁵. Tout ceci « *réduit d'autant la portée sociale de l'enquête et encourage des pratiques contraires à l'esprit des réformes de 1976-1977* »¹⁹⁰⁶.

Cet état du droit s'impose également dans les autres procédures accueillant cette obligation de justifier le projet, notamment du point de vue de l'environnement, parmi les partis envisagés. Ainsi en va-t-il lorsque la Commission nationale du débat public est saisie¹⁹⁰⁷, puisque le débat public ou la concertation préalable permet « *le cas échéant, de débattre de solutions alternatives, y compris l'absence de mise en œuvre du projet* »¹⁹⁰⁸. Au sein des dispositions propres à la concertation préalable régie par le code de l'environnement, est également imposée « *une mention, le cas échéant, des solutions alternatives envisagées* »¹⁹⁰⁹. Inversement, rien n'est prévu dans le cadre des concertations régies par le code de l'urbanisme¹⁹¹⁰ et des articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, sans qu'il ne soit possible d'en trouver une justification pertinente.

343. Si la mention des alternatives est compatible avec l'essentiel des instruments participatifs, il faut caractériser la situation particulière des processus référendaires. En

¹⁹⁰³ CE, 28 juillet 2000, Cts Cerise et autres, *Rec.*, p. 1050 ; *Constr.-urbanisme*, 2000, comm. 274, note D. LARRALDE ; *RJE*, 2001, p. 112, obs. R.H. Il s'agissait d'un délai de quatre ans dans cette espèce. Voir notamment R. HOSTIOU et J.-F. STRUILLOU, *Expropriation et préemption: aménagement, urbanisme, environnement*, Litec, 2011, p. 60.

¹⁹⁰⁴ M. D. HAGELSTEEN, « La réforme de la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique », *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁰⁵ Entre dans ce cadre, le développement de la théorie du bilan « coûts-avantages » qui ne consiste en effet pas pour le juge à sanctionner l'absence d'un meilleur choix, mais à considérer comme légale la déclaration d'utilité publique si « *les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* ». CE, ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est* », *Rec.*, p. 409, concl. BRAIBANT ; *AJDA*, 1971, p. 404, chr. LABETOULLE et CABANES et 463, concl. BRAIBANT ; *RA*, 1971, p. 422, concl. BRAIBANT ; *CJEG*, 1972, p. 38, note VIROLE ; *D.*, 1972, p. 194, note LEMASURIER ; *JCP*, 1971, II, 16873, note HOMONT ; *RDP*, 1972, p. 454, note M. WALINE. L'appréciation du juge se concentre sur la stricte légalité du projet proposé.

¹⁹⁰⁶ J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 130.

¹⁹⁰⁷ Article L. 121-8 du code de l'environnement. En vertu de l'article R. 121-5, le dossier est ainsi composé lorsque la commission nationale du débat public a été saisie de façon facultative.

¹⁹⁰⁸ Article L. 121-1 du code de l'environnement.

¹⁹⁰⁹ Article L. 123-17 5° du code de l'environnement.

¹⁹¹⁰ Sauf hypothèse d'évaluation environnementale.

principe, il est formellement interdit de soumettre au vote des électeurs des projets alternatifs. Le vote se limite à répondre positivement ou négativement à un projet qui leur est soumis¹⁹¹¹. Il pourrait sembler logique que cette prohibition implique de ne pas présenter des *scenarii* alternatifs au stade du dossier d'information. Or, rien n'empêche juridiquement l'administration d'éclairer le choix des électeurs en leur présentant un projet alternatif qui n'est toutefois pas soumis à la votation. C'est dans ce cadre qu'il faut interpréter le choix de la Commission nationale du débat public de présenter aux électeurs les principaux éléments d'étude du scénario alternatif consistant dans le maintien sur son site de l'aéroport de Nantes-Atlantique pour la consultation organisée le 26 juin 2016. Il faut tout de même constater que le référendum est intervenu après l'enquête publique et l'étude d'impact qui avaient déjà présenté ces éléments. Le juge administratif est même amené à imposer ponctuellement une forme de description de projets alternatifs au regard de l'objet d'un référendum. À l'occasion d'un arrêt rendu le 3 juillet 2008 à propos d'un référendum portant sur un retour à la gestion communale des services de l'eau potable et de l'assainissement, la Cour administrative d'appel de Marseille¹⁹¹² a considéré « *qu'il résulte des dispositions (...) de l'article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales que le dossier d'information devait permettre aux électeurs de se prononcer sur les caractéristiques des deux modes de gestion des services de l'eau et de l'assainissement, et de comparer utilement, dans la mesure du possible, les modifications, financières et techniques, impliquées par une gestion en régie de services gérés auparavant par une entreprise privée dans le cadre d'un délégation de service public ; qu'il résulte de l'instruction que le dossier qui a été mis à la disposition du public en mairie ne contenait que des données relatives à la gestion passée des services d'eau et d'assainissement par la SAUR et ne contenait en revanche aucune information sur les conditions d'une éventuelle gestion en régie des dits services, alors que ceci était l'objet même du projet soumis à référendum (...); que dans ces conditions, un tel dossier doit être regardé comme ne comprenant pas les informations suffisantes pour permettre une information correcte des électeurs, au sens des dispositions de l'article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales précitées* ». Si le juge sanctionne ici l'absence de description de la portée financière du projet envisagée, il affirme aussi que les électeurs devaient pouvoir « *comparer* » les deux modes de gestion envisagés. C'est ainsi parce que l'objet du référendum visait à adopter un nouveau mode de gestion du service public, et que

¹⁹¹¹ Voir *supra*, n° 261.

¹⁹¹² CAA Marseille, 3 juillet 2008, n° 07MA02215.

l'administration est tenue de présenter la portée et les caractéristiques financières du projet, que l'elle se devait de présenter les coûts des deux gestions alternatives envisagées.

Conclusion du Chapitre 1

344. Par-delà la multiplicité des solutions proposées par les régimes juridiques propres à chaque instrument de la participation du citoyen à la décision administrative, des éléments d'unité s'imposent en matière d'information relative au projet soumis au processus participatif. Tout processus participatif doit en effet permettre au participant d'avoir accès aux informations suffisantes lui permettant d'apprécier l'opportunité, la proportionnalité et la légalité du projet qui lui est présenté. La mise en œuvre de ce droit à l'information du citoyen sur le contenu du projet et sur son contexte s'organise de façon nécessairement progressive suivant le niveau d'intensité de la participation.

Lors d'une procédure contradictoire, la personne intéressée doit être informée de l'intention qu'a l'administration de lui adresser une mesure individuelle défavorable, des griefs retenus à son encontre et de son dossier lorsque la mesure envisagée présente le caractère d'une sanction.

L'information des membres des organes collégiaux varie suivant la portée consultative ou décisionnelle de l'acte rendu. Alors que le membre d'un organe consultatif¹⁹¹³ est informé d'un projet traitant de l'ensemble des questions posées par la décision finale, le membre d'un organe délibérant a accès à un projet de décision finalisé. Dans ces deux hypothèses, ils doivent disposer d'éléments permettant d'en appréhender le contexte, d'en comprendre les motifs et d'en mesurer les implications. Sauf disposition textuelle le prévoyant expressément, les membres des organes collégiaux n'ont actuellement pas accès aux documents préparatoires. Cette information apparaît pourtant nécessaire aux membres d'un organe délibérant.

L'information du public varie plus substantiellement selon le positionnement de la participation dans le processus décisionnel. Pour garantir le caractère précoce de la procédure, le public doit être seulement informé des objectifs et de l'économie générale d'un projet, plan ou programme en cours d'élaboration. Inversement, lors d'une phase de consultation du public, ce dernier doit ou devrait pouvoir avoir accès à un projet formellement abouti, accompagné de ses annexes, des éventuels documents préparatoires requis par les lois et règlements (notes, rapports, évaluation environnementale, avis, bilans, alternatives) et d'une note de présentation devant permettre d'en appréhender le contexte, d'en comprendre les motifs et d'en mesurer les

¹⁹¹³ Il en va de même de toute personne, autorité ou organe consulté individuellement.

implications. Ce régime de l'information a vocation à s'imposer vis-à-vis d'un électeur lors de l'organisation d'un processus référendaire.

C'est ainsi que l'ensemble de ces modalités particulières du droit à l'information sur le projet peuvent apparaître comme des nuances au seul et même droit à l'information préalable dans le cadre de la participation du citoyen à la décision administrative. Toute autre distinction complexifie inutilement un régime déjà marqué par ces diversités intrinsèques. L'ensemble de ces éléments n'épuise cependant pas le contenu du droit à l'information préalable du citoyen dans le cadre d'un processus participatif. Il s'étend également à ses modalités d'organisation.

Chapitre 2 – La concrétisation plurielle des modalités d’organisation du processus participatif

345. Quelle que soit la nature de l’instrument participatif, l’effectivité de la participation du citoyen dépend toujours de ses modalités d’organisation. Ces dernières sont nécessairement articulées autour de trois exigences communes. Indépendamment du contenu de l’information préalable sur le projet de décision, l’information préalable doit revêtir un caractère d’accessibilité (Section 1). Le citoyen ne peut en effet pas participer s’il n’a pas été informé de l’organisation même du processus participatif et de ses modalités. Parallèlement, toute participation implique le droit pour le citoyen d’exprimer son point de vue (Section 2), qu’il s’agisse pour le citoyen d’émettre des observations ou un vote. L’expression du point de vue est toujours rattachée à la recherche d’un échange avec l’administration et éventuellement entre les participants. L’exercice de ces droits à l’information préalable et à l’expression du point de vue est nécessairement conditionné par l’existence d’un délai utile¹⁹¹⁴ (Section 3). Le citoyen participant doit pouvoir bénéficier d’un temps suffisant pour se faire une opinion et exprimer son point de vue. Or, nonobstant leur structure commune, les modalités d’organisation des instruments de la participation du citoyen s’avèrent très diverses. La concrétisation des droits à l’information préalable, à l’expression du point de vue et au délai utile peut varier assez substantiellement selon deux critères : la nature de l’instrument participatif et la marge de manœuvre accordée à l’organisateur.

¹⁹¹⁴ De façon générale, les délais constituent tantôt des délais « utiles », c’est-à-dire imposant le respect d’une durée suffisante avant la prise d’une décision, tantôt des délais « raisonnables », fixant une durée maximale. Si cette distinction terminologique n’est pas inconnue du droit positif, les sources contemporaines du droit semblent s’en détourner quelque peu en regroupant ces deux aspects sous une même expression de « délai raisonnable ». Par exemple, au sein de la convention d’Aarhus, si l’article 8 impose à l’administration de fixer des « *délais suffisants pour permettre une participation effective* », l’article 6 impose que « *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 (...) et pour que le public se prépare et participe effectivement aux travaux* », alors que ce sont bien des délais minimums qui sont pourtant ici requis. Cette préférence pour la notion de « délai raisonnable » peut aussi être illustrée en droit interne. L’article L. 120-1 du code de l’environnement dispose que « *la participation confère le droit pour le public : (...) De disposer de délais raisonnables pour formuler des observations et des propositions* ». De son côté, l’article L. 131-1 du code des relations entre le public et l’administration, qui fixe les principes généraux de l’association du public, dispose également que l’administration doit assurer au public un « *délai raisonnable* » pour participer. Malgré cette préférence terminologique contemporaine, et pour des raisons de lisibilité, la distinction entre délais « utiles » et délais « raisonnables » sera préférée.

Section 1 – La diversité des modes d'accès à l'information préalable

346. Faciliter l'accès au processus participatif, « *c'est d'abord assurer [sa] publicité* »¹⁹¹⁵. Ainsi, dans tout processus participatif, l'information préalable doit être tout aussi bien complète, qu'accessible et « *efficace* »¹⁹¹⁶. L'examen de cette exigence d'accessibilité implique de se pencher sur la façon dont le droit organise la réception de l'information par le citoyen. En la matière, il faut constater que les modes d'accès à l'information varient substantiellement selon la nature de l'instrument participatif, qu'il s'agisse de diffuser l'avis précisant les modalités d'organisation du processus participatif (§ 1) ou qu'il s'agisse d'organiser l'accès à l'information sur le projet (§ 2).

§ 1 – La diversité des modes d'accès à l'avis précisant les modalités d'organisation du processus participatif

347. Pour pouvoir effectivement prendre connaissance du projet soumis au processus participatif, un avis doit systématiquement être diffusé auprès du citoyen pour l'informer de l'ouverture du processus participatif et des modalités de son organisation, à commencer par le cadre spatio-temporel permettant au citoyen d'exercer ses droits à l'information sur le projet et à l'expression de son point de vue. La connaissance effective du processus participatif dépend alors des moyens mis en œuvre par l'administration ou le responsable du projet pour communiquer cet avis au citoyen. À cet égard, le droit positif organise deux méthodes alternatives selon la possibilité d'identifier ou non une liste précise de citoyens ayant vocation à participer. Lorsque les participants sont limitativement désignés, le dispositif de notification individualisé peut être employé, ce qui facilite la prise de connaissance de l'information préalable (§ 1). À défaut, lors d'une procédure de participation du public, l'administration est contrainte de recourir au classique système de la publicité permise par la publication, ce qui rend plus incertaine la réception de l'information (§ 2).

¹⁹¹⁵ B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *op. cit.*, p. 780.

¹⁹¹⁶ G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, (étude comparative)*, *op. cit.*, p. 239-240.

A – Une information notifiée dans l’hypothèse d’une liste limitative de participants

348. Lorsque le nombre exact de participants potentiels est connu, l’administration peut recourir au dispositif de la notification, puisque les citoyens invités à participer sont nominativement identifiés. Si cette règle s’applique correctement lors d’une procédure contradictoire (1) et vis-à-vis des membres des organes collégiaux (2), elle n’est pas toujours imposée dans le cadre des processus référendaires (3).

1) La notification de l’avertissement dans la procédure contradictoire

349. Logiquement, lors de la mise en place d’une procédure contradictoire, l’avertissement de l’intention qu’à l’administration d’adresser une décision individuelle défavorable est notifié à la personne intéressée. Pour ce faire, l’autorité administrative doit procéder à toutes les diligences utiles. Elle est invitée à chercher sa résidence actuelle si la personne ne se trouve pas à son domicile légal¹⁹¹⁷, sauf dans l’hypothèse où cette personne aurait volontairement placé l’administration dans l’impossibilité de la trouver¹⁹¹⁸. On imagine difficilement comment il aurait pu en aller autrement dans l’hypothèse d’une garantie individuelle. Cependant, s’agissant de la réception effective de l’information par la personne intéressée, deux tempéraments peuvent être relevés.

En premier lieu, en dehors de dispositions spécifiques plus rigoureuses et de manière parfois contestée en doctrine, le juge s’avère généralement peu formaliste quant à la méthode retenue par l’administration pour informer l’intéressé¹⁹¹⁹. De manière générale, sauf dispositions textuelles contraires, l’information peut être aussi bien écrite que verbale, quand

¹⁹¹⁷ CE, 22 janvier 1947, Dlle Grenier, *Rec.*, p. 25 : à propos d’un changement de résidence ; CE, 17 novembre 1947, Drieu de la Forte, *Rec.*, p. 428 : à propos d’une personne internée.

¹⁹¹⁸ CE, 28 mai 1948, Dlle Roussillon, *Rec.*, p. 239 : à propos d’un départ du domicile sans indication de la nouvelle adresse.

¹⁹¹⁹ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l’administration active », *op. cit.*, p. 64 ; R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l’acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 104 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, *op. cit.*, p. 331.

bien même l'écrit garantit mieux la « traçabilité » des éléments transmis¹⁹²⁰. L'absence d'un avertissement par écrit est critiquable car lui-seul permet de garantir que l'intéressé a bien compris qu'une décision allait être prise à son encontre. Une telle formalité ne serait d'ailleurs pas très contraignante pour l'administration¹⁹²¹. En 1989, le Conseil constitutionnel répond pour partie à cette critique en imposant l'exigence d'une mise en demeure préalablement à l'exercice du pouvoir de sanction de l'administration¹⁹²², ce qui ne permet pas de garantir cette exigence pour les autres catégories de mesures défavorables. Dès lors, en dehors du domaine des sanctions administratives, il suffit que d'une manière ou d'une autre l'intéressé ait eu connaissance de l'intention de l'administration et, nous le verrons plus loin, des griefs retenus contre lui de manière non équivoque¹⁹²³.

En second lieu, il faut relever que le juge n'impose pas à l'administration de préciser les moyens spatio-temporels offerts à l'intéressé pour émettre ses observations. Rien n'oblige en effet l'administration à préciser le délai durant lequel le citoyen pourra émettre ses observations, ni de préciser les modalités d'émission des observations. Le juge n'impose d'ailleurs même pas à l'administration d'inviter expressément le citoyen à participer. Le Conseil d'État considère que la procédure contradictoire implique « *que l'intéressé ait été averti de la mesure que l'administration envisage de prendre, des motifs sur lesquels elle se fonde, et qu'il bénéficie d'un délai suffisant pour présenter ses observations, elles n'imposent pas à l'administration d'informer l'intéressé de sa faculté de présenter des observations écrites* »¹⁹²⁴. Il estime ainsi que l'avertissement vaut invitation à participer. Ce raisonnement peut être remis en cause. Il n'est pas certain que la personne intéressée comprenne bien qu'elle dispose du droit de se défendre préalablement à la prise de décision. Le juge serait fondé à exiger que l'administration précise à l'intéressé qu'il peut émettre ses observations dans un délai déterminé.

¹⁹²⁰ G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 124.

¹⁹²¹ J.-C. MAESTRE, note sous CE, 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture contre sieur Lacour et Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne* (2 arrêts), *D.*, 1964, p. 493.

¹⁹²² Décision n° 88-248 DC du Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *JO*, 18 janvier 1989, p. 754 ; *RFDA*, 1989, p. 215, note B. GENEVOIS.

¹⁹²³ CE, 13 novembre 1953, *Gillot*, *Rec.*, p. 488 ; CE, 1^{er} mars 1993, *Milhaud*, *DA*, 1993, n° 223.

¹⁹²⁴ CE, 29 octobre 2008, n° 307035, *Société Laboratoire Glaxosmithkline*.

2) *La notification de la convocation aux membres d'un organe collégial*

350. Si le contenu de l'information sur le projet peut varier, les modalités d'accès à l'information préalable restent semblables que l'organe collégial soit délibérant ou consultatif. Systématiquement, les membres de l'organe reçoivent individuellement une « convocation » les invitant la réunion de l'organe. Elle constitue ainsi le point de départ du processus qui conduira à l'émission d'un avis ou à l'adoption d'une décision. Son contenu reste sobre puisque, hormis la date, l'heure et le lieu de la réunion, la convocation doit simplement comporter l'ordre du jour de la séance. Cette règle s'impose quand bien même elle ne ressort pas clairement des dispositions textuelles applicables aux commissions consultatives de l'État ou de ses établissements publics. L'article R. 133-5 du code des relations entre le public et l'administration dispose que « *la commission se réunit sur convocation de son président, qui fixe l'ordre du jour* ». Si c'est bien le président qui fixe l'ordre du jour, il n'est pas explicitement dit que l'ordre du jour doit être compris dans la convocation, ce qui est la moindre des choses. La formulation retenue par l'article 11 du décret du 28 novembre 1983 était sur ce point plus intéressante, puisque ce décret imposait « *à défaut de dispositions réglementaires contraires, et, sauf urgence, (...) une convocation écrite comportant l'ordre du jour (...)* ».

Même si cette mention n'est plus présente dans les dispositions relatives à la consultation de certaines commissions à caractère consultatif de l'État et de ses établissements publics¹⁹²⁵, la forme de la convocation doit être écrite. Classiquement, elle était remise en main propre ou était transmise par courrier postal. Depuis le décret du 8 juin 2006¹⁹²⁶, dont les dispositions ont été recodifiées au sein du code des relations entre le public et l'administration¹⁹²⁷, la convocation peut aussi être envoyée « *par tout moyen, y compris par télécopie ou par courrier électronique* ». Ainsi, sauf disposition textuelle contraire¹⁹²⁸, la

¹⁹²⁵ L'article 11 du décret du 28 novembre 1983 précisait expressément que la convocation devait être écrite.

¹⁹²⁶ Décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, *JO*, n° 132, 9 juin 2006, p. 8706 (article 5).

¹⁹²⁷ Article R. 133-5 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁹²⁸ Un droit à l'information sur support papier n'existe encore que pour les membres des conseils municipaux. Suite à la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (*JO*, n° 0182, 8 août 2015, p. 13705). Il est désormais possible dans les communes que la convocation soit adressée par écrit, au domicile des conseillers municipaux ou, s'ils en font la demande, envoyée à une autre adresse « *ou transmise de manière dématérialisée* » (Article L. 2121-10 du code général des collectivités territoriales). À la différence des autres collectivités, le support papier reste un droit au profit de l'élu dans les communes. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (*JO*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545) avait déjà permis aux présidents du conseil général, devenu conseil départemental, et du conseil régional d'informer les membres de l'organe « par tout moyen » (articles et L. 3121-19 et L. 4132-18 du code général des collectivités territoriales).

convocation d'un organe collégial, qu'il soit consultatif ou décisionnel, peut toujours être réalisée de façon électronique, sans que les membres de l'organe puissent revendiquer une information par support papier. Cette forme électronique ne présente ici pas d'intérêt spécifique pour le membre d'un organe collégial, qui ne fera pas de distinction entre le support papier ou le support dématérialisé, s'il y est familiarisé. C'est surtout pour l'administration que cette faculté est intéressante, car elle lui permet d'économiser sur les frais d'envoi postaux à chaque membre et d'agir dans une démarche de développement durable. En outre, elle permet d'ajuster le contenu de la convocation plus facilement avant le point de départ du délai utile préalable à la réunion de l'organe¹⁹²⁹.

3) *La notification non systématique d'un avis à destination des électeurs lors d'un processus référendaire*

351. Lors d'un processus référendaire, un avis est adressé aux électeurs. Il doit logiquement reprendre les « *éléments principaux* » de la délibération relative à l'organisation du processus référendaire et convoquant les électeurs¹⁹³⁰, ce qui intègre l'objet du projet soumis au vote, le texte de la question posée, la valeur consultative ou décisionnelle du scrutin, la date, les horaires et les lieux du scrutin. Bien que le nombre d'électeurs invités à participer soit généralement important, le dispositif de l'information notifiée trouve toute sa place lors d'une votation référendaire, puisqu'est établie une liste d'électeurs nommément identifiés.

Cette compatibilité entre un processus référendaire et le dispositif de la notification est parfaitement exploitée s'agissant de la consultation des électeurs relative aux fusions de communes puis à la création des communes nouvelles, pour laquelle l'article R. 2113-2 du code général des collectivités territoriales dispose que « *les électeurs se prononcent par oui ou par non. À cet effet, il est mis à leur disposition deux bulletins de vote imprimés sur papier blanc dont l'un porte la réponse " oui " et l'autre la réponse " non ". Ces bulletins sont envoyés par la préfecture à chaque électeur. À cet envoi est joint le texte de l'arrêté du préfet prévu à l'article*

¹⁹²⁹ Voir *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 3.

¹⁹³⁰ Article LO 1112-3 et L. 1112-17 du code général des collectivités territoriales.

R. 2113-1 ». De la même façon, l'ordonnance¹⁹³¹ et son décret d'application¹⁹³² du 21 avril 2016 se sont efforcés de garantir une information accessible aux électeurs lors d'une consultation locale des électeurs régie par le code de l'environnement. Le processus mis en place débute par la convocation générale des électeurs qui intervient avec le décret décidant de la consultation. Ce décret en détermine des éléments essentiels, puisqu'il fixe l'objet, la date, le périmètre et la question posée¹⁹³³. La publication de ce décret est suivie d'une notification individualisée à tous les électeurs. Une « *lettre d'information relative à l'organisation de la consultation accompagnée de deux bulletins de vote est adressée par l'État à chaque électeur au plus tard le troisième jeudi précédant la consultation* »¹⁹³⁴. Parmi ces informations, en l'absence de précision textuelle, il faut espérer que cette lettre reprenne les éléments visés dans le décret de convocation, à savoir l'objet, la date, le périmètre et la question posée, auxquels devraient s'ajouter des informations sur les lieux et horaires du vote.

Cette compatibilité n'est cependant plus exploitée dans le cadre de la consultation des électeurs et du référendum local régis par le code général des collectivités territoriales. Originellement, sous l'empire de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, l'avis à destination des électeurs devait être notifié. Il était précisé à l'article R. 125-5 alinéa 1^{er} de l'ancien code des communes que « (...) *sont adressés à chaque électeur, avec l'arrêté de convocation et le texte de la question figurant dans la délibération du conseil municipal visée à l'article L. 125-2 deux bulletins de vote imprimés sur papier blanc dont l'un porte la réponse "oui" et l'autre la réponse "non"* »¹⁹³⁵, à l'instar des règles applicables en matière de scrutins électoraux. Cet envoi devait se faire au plus tard le mercredi précédant le scrutin. Cependant, la réforme issue de l'« acte II » de la décentralisation, et notamment le décret du 6 décembre 2005¹⁹³⁶, n'a pas réitéré ce procédé de notification individualisée à chaque électeur. Le droit positif permet désormais à l'administration de se dispenser de cette formalité dans la mesure où les dispositions du code électoral¹⁹³⁷ en matière de communication d'une

¹⁹³¹ Ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016.

¹⁹³² Décret n° 2016-491 du 21 avril 2016 relatif à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016.

¹⁹³³ Article L. 123-23 du code de l'environnement.

¹⁹³⁴ Article L. 123-27 du code de l'environnement.

¹⁹³⁵ Disposition issue du décret n° 93-222 du 19 février 1993, *JO*, 19 février 1993 (article 1).

¹⁹³⁶ Décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005 relatif à la consultation des électeurs et pris pour l'application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, 13 décembre 2005, p. 19169 (article 4).

¹⁹³⁷ De façon générale, les dispositions du code électoral relative à la propagande restent largement applicables au processus référendaire. Cf. articles R. 1112-6 et suivants du code général des collectivités territoriales et articles L. 123-25, L. 123-29 et s. et R. 123-49 et s. du code de l'environnement.

enveloppe électorale¹⁹³⁸ ne sont pas applicables au référendum local et par association à la consultation des électeurs¹⁹³⁹. Juridiquement, l'électeur peut désormais être avisé par la simple diffusion par voie de publication de l'avis. Depuis lors, « *la convocation est bien un acte général de publication (...) et, en aucune manière, d'une convocation individualisée de chacun des électeurs* »¹⁹⁴⁰. La forme de cette publication peut varier selon la nature de la collectivité concernée. Lorsqu'il s'agit d'une commune, l'avis est diffusé « *par tous moyens* »¹⁹⁴¹, comme par exemple une mention dans le journal d'information municipal, un affichage sur le domaine public, sur un panneau d'information électronique ou encore un avis sur le site Internet de la commune. Lorsqu'il s'agit d'un département, d'une région ou d'une autre collectivité territoriale, les règles sont plus contraignantes, puisque « *le public est informé (...) par insertion (...), dans deux journaux diffusés dans le département ou la région, d'un avis comportant les éléments principaux de la délibération relative à l'organisation du référendum* »¹⁹⁴². Malheureusement, cette invitation à participer par avis publié ne garantit pas une information parfaitement accessible. Parce qu'elle n'est plus nécessairement individualisée par notification aux électeurs, elle risque fort de ne pas parvenir à ses destinataires. « *Une publicité limitée à une publication [peut] assez facilement passer inaperçue* »¹⁹⁴³. L'information qui parvient à l'électeur reste alors essentiellement conditionnée par son environnement personnel, les réseaux auxquels il appartient et la portée de la campagne référendaire voire médiatique, seuls de nature à compenser cette carence. Hormis des questions budgétaires et de souci d'économie de papier, on ne peut pas comprendre cette disparition de la notification obligatoire, surtout dans le cadre du référendum local où le vote positif emporte décision si la majorité des électeurs s'est déplacée. Cet objectif est nécessairement plus difficilement atteint par un dispositif de publicité que par un dispositif de notification individualisé. La diffusion de l'avis par voie de publication n'a de sens que lorsque le droit de participer est ouvert à toute personne, c'est-à-dire lors d'une procédure de participation du public.

¹⁹³⁸ L'article R. 29 du code électoral dispose qu'une commission de propagande est chargée « d'adresser, *au plus tard le mercredi précédant le premier tour de scrutin (...) à tous les électeurs de la circonscription, dans une même enveloppe fermée, une circulaire et un bulletin* ».

¹⁹³⁹ Les dispositions applicables au référendum local sont rendue applicables à la consultation des électeurs en vertu de l'article R. 1112-18 du code général des collectivités territoriales.

¹⁹⁴⁰ M. VERPEAUX, « La dernière réforme - en date - du droit des consultations locales en France », *op. cit.*, p. 866 et s.

¹⁹⁴¹ Article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales.

¹⁹⁴² *Idem.*

¹⁹⁴³ M. VERPEAUX, « Le "référendum" communal devant le juge administratif : premier bilan », *op. cit.*, p. 105.

B – L’information publiée lors des procédures de participation du public

352. Par nature, le public ne peut pas faire l’objet d’une identification individualisée¹⁹⁴⁴. L’expression vise à regrouper un nombre indéterminé de participants potentiels, qu’il s’agisse de personnes physiques ou de personnes morales. Dès lors, pour mettre le public à même de participer, l’information sur les modalités d’organisation ne peut être assurée que par la voie de la publication. Cela nécessite l’utilisation de canaux d’information adaptés pour l’avertir de l’organisation du processus et de ses modalités. Pour ce faire, le législateur n’a pas souhaité mettre en place de modèle de publication uniformément applicable aux différentes procédures de participation du public. Jusqu’à récemment, les enquêtes publiques environnementales représentaient le modèle le plus abouti, par l’organisation d’une pluralité de supports de diffusion de l’avis à destination du public. Bien que ce modèle de diffusion plurielle de l’avis à destination du public ne garantisse pas la pleine réception de l’information par le public (1), le législateur a fait le choix de l’étendre, sans pour autant le généraliser, lors de la dernière réforme des procédures de participation du public issue de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d’une société de confiance¹⁹⁴⁵. Cette loi marque un coût d’arrêt au mouvement de simplification des modalités de diffusion de cet avis qui avait été jusque-là organisé par le législateur dans le cadre des autres procédures de participation du public. Dans cette hypothèse, il prenait et prend encore le risque de ne pas assurer une bonne réception de l’information par le public (2).

¹⁹⁴⁴ Rien n’interdit cependant d’informer spécifiquement et individuellement certaines personnes en plus de l’information publiée, affichée, à destination de tous. En outre, le dispositif de notification trouve à s’appliquer lorsqu’une enquête parcellaire est menée conjointement avec une enquête préalable à une déclaration d’utilité publique. En effet, l’information doit alors être communiquée individuellement aux propriétaires concernées. Ces derniers ne représentent cependant pas l’ensemble du public. Sur ce point, voir notamment B. TOULEMONDE, « La réforme de l’enquête d’utilité publique », *op. cit.*, p. 780.

¹⁹⁴⁵ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d’une société de confiance, *JO*, n° 0184, 11 août 2018, texte n° 1.

1) *La multiplicité des supports de diffusion de l'avis ne garantissant pas son accessibilité pour le public*

353. Jusqu'à récemment, l'enquête publique environnementale constituait le dispositif le plus innovant en matière de diffusion de l'avis à destination du public, précisant les modalités de son organisation, à savoir le cadre spatio-temporel d'accès à l'information et d'émission des observations¹⁹⁴⁶. Pour rendre accessible cet avis, le droit positif organise, pour l'enquête publique environnementale, un dispositif ambitieux se basant sur la diversité des supports de diffusion. Cependant, un constat pessimiste s'impose rapidement, puisque cette diversité ne permet pas de compenser les limites propres à chacun de ces supports pris isolément. L'exigence d'accessibilité de l'information préalable trouve ici ses limites intrinsèques. Malgré des efforts constants, le droit ne peut pas garantir à chacun la pleine réception de l'avis d'enquête.

Comme pour les enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration, l'avis doit d'abord faire l'objet de

¹⁹⁴⁶ En dehors de l'enquête environnementale, l'avis se contente de préciser « l'objet de l'enquête, la date à laquelle celle-ci sera ouverte et sa durée, (...) les heures et le lieu où le public pourra prendre connaissance du dossier et formuler ses observations », « le lieu où siègera le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête », ainsi que, s'ils existent, « l'adresse du site Internet sur lequel des informations relatives à l'enquête pourront être consultées » et/ou « les moyens offerts au public de communiquer ses observations par voie électronique » (Articles R. 134-10 du code des relations entre le public et l'administration et R. 112-12 du code de l'expropriation). Le contenu de cette première information peut être considéré comme suffisant, en ce qu'elle reprend les principaux éléments du processus participatif, à savoir son objet et le cadre spatio-temporel permettant au public d'accéder au dossier d'information et d'émettre ses observations. À ces mentions de base, s'ajoutent pour les enquêtes environnementales quelques données supplémentaires de nature à perfectionner l'information du public puisque l'avis doit aussi préciser, outre l'objet, « la ou des décisions pouvant être adoptées au terme de l'enquête et des autorités compétentes pour statuer », « les caractéristiques principales du projet, plan ou programme, ainsi que l'identité de la ou des personnes responsables du projet, plan ou programme ou de l'autorité auprès de laquelle des informations peuvent être demandées » ; « les coordonnées de chaque maître d'ouvrage ou de la personne publique responsable des différents éléments du ou des projets, plans ou programmes soumis à enquête » ; « l'existence d'un rapport sur les incidences environnementales, d'une étude d'impact ou, à défaut, d'un dossier comprenant les informations environnementales se rapportant à l'objet de l'enquête, et l'adresse du site Internet ainsi que du ou des lieux où ces documents peuvent être consultés s'ils diffèrent de l'adresse et des lieux où le dossier peut être consulté » ; « lorsqu'ils ont été émis, de l'existence de l'avis de l'autorité environnementale mentionné au V de l'article L. 122-1 et à l'article L. 122-7 du présent code ou à l'article L. 104-6 du code de l'urbanisme, et des avis des collectivités territoriales et de leurs groupements mentionnés au V de l'article L. 122-1 du présent code, ainsi que du lieu ou des lieux où ils peuvent être consultés et de l'adresse des sites Internet où ils peuvent être consultés si elle diffère de celle mentionnée ci-dessus » ; « L'information selon laquelle, le cas échéant, le dossier d'enquête publique est transmis à un autre État, membre de l'Union européenne ou partie à la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, signée à Espoo le 25 février 1991, sur le territoire duquel le projet est susceptible d'avoir des incidences notables » ; et enfin « la durée et les lieux où, à l'issue de l'enquête, le public pourra consulter le rapport et les conclusions du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête » (articles L. 123-10 et R. 123-9 du code de l'environnement).

publications¹⁹⁴⁷, en caractères apparents, dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans tout le département ou tous les départements concernés. Lorsque l'opération projetée est d'importance nationale, cet avis est en outre publié dans deux journaux à diffusion nationale. Cette diffusion constitue une modalité pertinente pour les publics les plus habitués à l'information sur support papier. Toutefois, cette modalité présente un caractère inégalitaire, puisqu'elle nécessite d'acheter le journal local ou national concerné, ce qui ne garantit pas son accès par chacun. En outre, dans les faits, « *il faut (encore) réussir à trouver les avis d'enquête dans la presse locale et il est préférable d'être un retraité attentif et curieux pour prendre le temps nécessaire à leur découverte* »¹⁹⁴⁸.

Parallèlement, comme les autres enquêtes publiques, le droit impose en matière environnementale la diffusion de l'avis par voie d'affichage et, éventuellement, par tout autre procédé, dans au moins les mairies de toutes les communes sur le territoire desquelles l'opération projetée doit se dérouler¹⁹⁴⁹. Il est certain qu'en tant que telle cette modalité ne permet pas au public de recevoir l'information. Si l'accès à l'avis se fait concrètement en mairie, ce ne peut être que le fruit d'un heureux hasard. Cette règle est même allégée pour les « *plans et programmes de niveau départemental ou régional* », puisque cet affichage n'est imposé que dans les préfectures et sous-préfectures¹⁹⁵⁰, ce qui ne peut clairement pas viser à avertir le public qui a encore moins de raisons apparentes de s'y rendre. Inversement, en matière environnementale, la règle est renforcée pour les « *projets* » puisque, « *sauf impossibilité matérielle justifiée, le responsable du projet procède à l'affichage du même avis sur les lieux prévus pour la réalisation du projet. Ces affiches doivent être visibles et lisibles (...) des voies publiques* ». Il s'agit là d'une modalité de diffusion de l'avis plus efficace pour informer le public, à la condition qu'il ait l'occasion de se rendre sur les lieux prévus pour la réalisation du projet. De nombreux citoyens risquent fort de ne pas apercevoir cette information.

Enfin, depuis le décret n° 2011-2018 du 29 décembre 2011¹⁹⁵¹, est requise pour les enquêtes publiques environnementales la diffusion de l'avis sur le site Internet de l'autorité publique responsable du projet, plan ou programme ou chargée de l'approuver, lorsque la

¹⁹⁴⁷ Articles R. 132-12 du code des relations entre le public et l'administration, R. 112-14 du code de l'expropriation et R. 123-11 du code de l'environnement.

¹⁹⁴⁸ C. DEBOUY, « Quelles réformes pour le droit de l'expropriation ? La situation du commissaire enquêteur », *LPA*, n° 87, 20 juillet 1992, p. 23.

¹⁹⁴⁹ Articles R. 134-13 du code des relations entre le public et l'administration et R. 112-15 du code de l'expropriation.

¹⁹⁵⁰ Article R. 123-11 du code de l'environnement.

¹⁹⁵¹ Décret n° 2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement, *JO*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22692.

collectivité dispose d'un site Internet¹⁹⁵². Si l'autorité ne dispose pas d'un site Internet, cet avis est publié, à sa demande, sur le site Internet des services de l'État dans le département. Pour les enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration, la diffusion de l'avis sur Internet reste toujours une simple faculté. Il faut s'accorder sur le fait que cette modalité de diffusion sur le site d'une collectivité publique n'offre aucune garantie d'accessibilité de l'information. Le citoyen consulte rarement le site internet d'une collectivité publique en dehors de ses démarches administratives. Seul le partage de l'information sur les réseaux sociaux (Facebook ou Twitter au premier chef) permet la diffusion au plus grand nombre, ce que le droit n'organise pas à ce jour. Mais encore faut-il que le projet, plan ou programme soit relayé par des utilisateurs visibles sur ces réseaux, ce qui n'est clairement pas le cas des personnes publiques, tout au plus de quelques responsables politiques connus du grand public. Internet ne constitue pas une panacée pour la diffusion de l'information sur les modalités d'organisation du processus.

On le constate, la diversité des supports de diffusion de l'avis ne permet pas de garantir la connaissance de l'enquête publique par le public. Dans leur ensemble, les enquêtes publiques restent caractérisées par leur « *clandestinité* »¹⁹⁵³. Cette dernière n'est pas seulement due à l'insuffisance et l'inadaptation des mesures juridiques de publicité. Il est difficile d'assurer la pleine réception par le public de l'information préalable par le droit. Lors d'une procédure de participation ouverte, l'information préalable ne peut réellement se diffuser que si les autorités compétentes déploient un arsenal important de mesures de publicité (affichage visible et lisible depuis les voies publiques à différents lieux de passage, communication via les supports d'information des collectivités, mobilisation des moyens audiovisuels et des réseaux sociaux). Le volontarisme administratif sera toujours plus important que le droit en matière de communication de l'avis à destination du public. Pour autant, cela n'implique pas que le droit positif doive se contenter de renvoyer à cet hypothétique volontarisme administratif. Il ne faut pas oublier la situation inverse dans laquelle le responsable du projet souhaiterait organiser volontairement la clandestinité de l'enquête pour que son projet ne fasse pas l'objet d'une contestation nuisant à sa mise en œuvre.

¹⁹⁵² Article R. 123-11 du code de l'environnement.

¹⁹⁵³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 64.

354. Offrir au public une multiplicité de garanties juridiques conserve tout son intérêt malgré leurs limites intrinsèques. C'est ce que semble avoir récemment compris le législateur. En effet, depuis l'adoption de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, le modèle de la pluralité des supports d'information a été transposé à la procédure de participation par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement et à la procédure de concertation préalable régie par l'article L. 121-16 du même code, qui ne le connaissaient pas jusque-là. Le législateur corrige ainsi les insuffisances des dispositifs que le Gouvernement avait institués dans le cadre de l'ordonnance du 3 août 2016, et qu'il n'avait pas corrigés lors de la loi de ratification du 2 mars 2018¹⁹⁵⁴.

Lorsqu'une enquête publique environnementale n'a pas lieu, la procédure de consultation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement prévoyait initialement deux supports pour l'avis à destination du public¹⁹⁵⁵. Il devait être mis en ligne par l'autorité compétente pour autoriser ces projets ou approuver ces plans et programmes et faire l'objet d'un affichage en mairie ou sur les lieux concernés. Cette alternative n'a pas été corrigée par la loi du 10 août 2018 alors qu'il serait opportun d'aligner le régime de l'information sur le modèle de l'enquête publique environnementale qui prévoit un dispositif d'affichage cumulatif. La récente modification apportée par le législateur prévoit que l'avis doit désormais être également diffusé par voie de publication locale « *selon l'importance et la nature du projet* ». Mais, si le domaine de cette exigence nouvelle reste encore à préciser, la mention d'une « *publication locale* » est intéressante en ce qu'elle ne vise pas nécessairement la presse locale, dont nous avons évoqué le caractère inégalitaire. L'exigence d'une publication locale semble pouvoir être aussi remplie lorsque l'information sera inscrite dans un journal d'information communiqué par la collectivité elle-même à chaque habitant. La publicité de la procédure en

¹⁹⁵⁴ Loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n°0052, 3 mars 2018, texte n° 1.

¹⁹⁵⁵ Cet avis doit mentionner l'objet de la procédure, c'est-à-dire « *le projet de plan ou programme ou la demande d'autorisation du projet* », ainsi que « *la ou les décisions pouvant être adoptées au terme de la participation et des autorités compétentes pour statuer* ». Il mentionne également les modalités d'accès à l'information, c'est-à-dire « *les coordonnées des autorités compétentes pour prendre la décision, celles auprès desquelles peuvent être obtenus des renseignements pertinents, celles auxquelles des observations ou questions peuvent être adressées ainsi que des précisions sur les conditions dans lesquelles elles peuvent être émises* », « *l'indication de la date à laquelle et du lieu où les renseignements pertinents seront mis à la disposition du public et des conditions de cette mise à disposition* », « *l'adresse du site Internet sur lequel le dossier peut être consulté* », « *le fait que le plan ou programme ou le projet soit soumis à évaluation environnementale et que, le cas échéant, il est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement d'un autre État membre dans les conditions prévues à l'article L. 123-7 et le lieu où ce rapport ou cette étude d'impact peuvent être consultés* » et enfin « *lorsqu'il a été émis, l'avis de l'autorité environnementale (...) ainsi que du ou des lieu (x) où il peut être consulté* ».

ressortira grandie, quand bien même tout le public n'en sera pas nécessairement destinataire. Sont nécessairement exclus toutes les personnes qui n'habitent pas la collectivité concernée.

Il en va de même pour la procédure de concertation préalable régie par l'article L. 121-16 du code de l'environnement. Alors que la première mouture de ce dispositif ne prévoyait aucune modalité particulière pour la diffusion des modalités d'organisation, son régime a été précisé par l'ordonnance du 3 août 2016¹⁹⁵⁶ et son décret d'application du 25 avril 2017¹⁹⁵⁷. Depuis lors, lorsqu'une concertation préalable est décidée par la Commission nationale du débat public, par le maître d'ouvrage du projet ou le responsable du plan ou programme, par l'autorité compétente pour autoriser le projet ou par le préfet suite à l'exercice du droit d'initiative populaire, un avis doit être publié sur le site Internet du maître d'ouvrage ou de la personne publique responsable, ou, s'il ou elle n'en dispose pas, sur le site Internet des services de l'État dans le département. Lorsque la concertation intervient à l'initiative de la Commission nationale du débat public, un référencement est assuré sur son site Internet. Pour les projets, l'avis doit également être publié par voie d'affichage dans les mairies des communes dont le territoire est susceptible d'être affecté par le projet, ainsi que sur les lieux concernés. Pour les plans et programmes, l'avis est publié par voie d'affichage dans les locaux de l'autorité responsable de son élaboration¹⁹⁵⁸. Là encore, il fallait regretter l'absence de mention dans la presse, ce qui a été corrigé par la loi du 10 août 2018. Désormais, l'avis doit également être diffusé, « *selon l'importance et la nature du projet, par voie de publication locale* ».

355. Sans que cela ressorte des dispositions textuelles, le modèle de la multiplicité des supports de diffusion de l'avis à destination du public s'applique également dans le cadre du débat public, compte tenu de la pratique qu'en fait la Commission nationale du débat public. Juridiquement, la mise en place d'un débat public peut être assez simplifiée. La Commission est simplement invitée à publier sur son site Internet les modalités d'organisation du débat¹⁹⁵⁹, avec un renvoi au site Internet du débat. Cependant, la pratique s'avère beaucoup plus exemplaires, puisque le débat et les événements organisés au cours du débat (réunions,

¹⁹⁵⁶ Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JO*, n° 0181, 5 août 2016.

¹⁹⁵⁷ Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 relatif aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes, *JO*, n° 0099, 27 avril 2017, texte n° 6.

¹⁹⁵⁸ Articles L. 121-16 et R. 121-19 du code de l'environnement.

¹⁹⁵⁹ Article R. 121-7 du code de l'environnement.

expositions) font généralement l'objet d'annonces via les journaux locaux, les réseaux sociaux, ainsi que par de multiples affichages sur les territoires pertinents. Il faut ici relever que le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont pas réitéré à ce stade le dispositif d'accès à l'information prévu pour les « projets » soumis à saisine facultative de la Commission nationale du débat public. Afin de permettre au public ou aux autorités compétentes de la saisir, il est prévu que le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet publie les objectifs et caractéristiques essentielles du projet, en indiquant son intention de saisir ou non la Commission nationale du débat public et en précisant les modalités de concertation qu'il s'engage à mener dans l'hypothèse où la commission ne serait pas saisie¹⁹⁶⁰. Cette publication se fait sur le site Internet de la Commission et par mention en caractères apparents et dans au moins un journal national et un journal diffusé dans le ou les départements intéressés. Les modalités sont identiques lorsqu'une déclaration d'intention doit être préalablement publiée en vue de l'organisation de cette même concertation sur décision du préfet à la suite d'une initiative citoyenne.

356. Si cette exigence de diffusion plurielle de l'avis à destination du public se développe, elle reste de portée limitée, puisqu'elle ne se retrouve pas (encore) dans les autres procédures de participation du public, pour lesquelles le législateur prend le risque de ne pas en garantir son plein accès en maintenant sa démarche de simplification.

2) Le risque d'inefficacité de la simplification de l'accès à l'avis

357. Outre le fait de ne pas reprendre le dispositif pluriel proposé par l'enquête publique environnementale pour assurer la diffusion de l'avis à destination du public, chacune des autres procédures de participation du public se caractérise par un schéma qui lui est propre sans qu'il soit possible de dégager une quelconque cohérence d'ensemble. Le législateur et le pouvoir réglementaire imposent, selon des modalités à échelle variable, soit l'affichage, soit la diffusion par voie de presse, soit l'outil Internet, soit une combinaison de deux de ces procédés de publication.

¹⁹⁶⁰ Article L. 121-8 du code de l'environnement.

Nous avons pu voir que, lors d'une enquête publique régie par le code de l'expropriation ou par le code des relations entre le public et l'administration, le public est informé par voie d'affichage dans des bâtiments publics ainsi que par voie de presse. La publication de l'avis par Internet reste facultative.

De son côté, la procédure de consultation ouverte sur Internet régie par le code des relations entre le public et l'administration se caractérise par sa simplicité, puisque l'administration peut se contenter d'une simple publication en ligne de l'avis à destination du public. Pour les consultations ouvertes organisées par l'État ou ses établissements publics, le pouvoir réglementaire¹⁹⁶¹ impose un référencement systématique sur le site Internet du Premier ministre « www.vie-publique.fr ». Lorsqu'il ne l'accueille pas directement, ce site redirige le public vers le site Internet, ou la page de ce dernier, qui a vocation à accueillir la procédure, permettant ainsi au public de prendre connaissance du projet d'acte et d'émettre ses observations éventuelles. D'un point de vue pratique, en l'absence d'un site Internet exclusivement dédié aux consultations sur Internet, il faut regretter que le référencement sur le site « www.vie-publique.fr » ne soit pas davantage mis en avant. Chaque citoyen doit en effet rechercher au sein de ce site la rubrique « Ressources » puis la sous-rubrique « Débats et consultations », avant de sélectionner une consultation. Certes, la « règle des trois clics » est globalement respectée¹⁹⁶², mais l'ambition d'un accès facilité reste encore à prouver pour les non-initiés. S'agissant des consultations organisées par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, le pouvoir réglementaire¹⁹⁶³ n'a pas organisé de support de regroupement. Seule est imposée la publication de la décision d'organiser la consultation¹⁹⁶⁴ « *par tout moyen, dont au moins une publication sur le site Internet choisi par l'autorité intéressée pour le déroulement de la consultation* ». Ainsi limitée, il n'est là encore pas certain qu'une telle procédure de consultation puisse raisonnablement trouver son public. Le recours à la seule publication sur Internet peut d'abord avoir pour conséquence d'exclure les membres des commissions qui auraient dû être consultés en l'absence de mise en œuvre de

¹⁹⁶¹ Article R. 132-4 du code des relations entre le public et l'administration. Les articles R. 132-8 à R. 132-10 imposent cette même publication pour l'ensemble des consultations ouvertes organisées par les administrations de l'État, qu'il s'agisse de consultations ouvertes imposées préalablement à un projet d'acte réglementaire ayant un champ d'application national, ou organisés par facultativement avant un projet de loi ou l'adoption de tout acte réglementaire.

¹⁹⁶² La règle des trois clics est une norme d'ergonomie en vertu de laquelle un internaute doit pouvoir accéder à n'importe quelle information présente sur un site web en suivant au plus trois hyperliens, c'est-à-dire trois clics de souris, depuis la page principale.

¹⁹⁶³ Article R. 132-4 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁹⁶⁴ Dans la pratique, la décision d'organiser la consultation n'est pas publiée en tant que telle. Ce sont les éléments qui la composent qui sont mentionnés sur le site internet.

cette procédure. Or, puisque la consultation sur Internet a vocation à se substituer à leur consultation, il aurait au moins été envisageable que ces commissions et leurs membres soient spécialement informés de cette substitution pour leur permettre de participer effectivement. Malheureusement, le droit ne prévoit pas un tel dispositif de notification particulière, ce qui peut cependant s'expliquer par une volonté de simplifier la tâche de l'administration dans la conduite de la procédure administrative non contentieuse. Le recours à la seule publication sur Internet ne semble ensuite pas parfaitement adapté pour aviser un nombre important de citoyens. L'outil Internet permet certes de faciliter l'accès au dossier d'information, mais, en l'absence de partage sur les réseaux sociaux pertinents, il n'est pas le meilleur support de l'avis à destination du public avertissant ce dernier de l'organisation de la procédure. S'il est adapté à une action ascendante de la part du citoyen, il ne l'est pas pour la démarche d'information descendante de la part de l'administration, en dehors d'un dispositif de notification individualisé, comme une liste de diffusion. Il faut compter sur une veille active des acteurs les plus concernés. Ce constat est d'autant plus regrettable lorsqu'on envisage ce que l'on appelle la démocratie locale. Dans les collectivités locales, et spécialement celles du bloc communal, il est plus aisé d'informer le public via un support écrit que par l'intermédiaire d'un support électronique, puisque ces collectivités disposent la plupart du temps d'un journal d'information périodique communiqué à tous les habitants. Ces derniers n'ont aucune raison apparente de se rendre sur un site Internet pour vérifier si une procédure est en cours. Contrairement à la philosophie du dispositif, l'usage de l'outil Internet peut alors devenir discriminant. L'usage exclusif de l'outil Internet ne semble justifié qu'au regard des mesures de portée nationale pour lesquels les représentants d'intérêts, à laquelle s'adresse en réalité cette procédure¹⁹⁶⁵, ont intérêt à rester en veille. Pour des projets, plans ou programmes de portée locale, les supports classiques de diffusion de l'information ont encore leur rôle à jouer.

Cette dichotomie est exploitée dans le cadre des procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19-1 et L 123-19-2 du code de l'environnement, pour lesquelles les modalités de diffusion de l'avis peuvent varier selon la nature et la taille de la collectivité. Par principe, il suffit que les informations relatives à la consultation soient mises à disposition du public par voie électronique sur le site Internet des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics ou sur le site « www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr » pour les décisions des administrations de l'État. En vertu de l'article R. 132-8 du code des relations entre le public et l'administration, une

¹⁹⁶⁵ Voir *supra*, n° 185.

publication sur le site « www.vie-publique.fr » doit être en outre réalisée pour les consultations portant sur les seules décisions réglementaires de l'État¹⁹⁶⁶. Dès lors, en l'absence de dispositif de diffusion d'un avis par voie d'affichage ou par voie de presse, le public risque fort de ne pas être en mesure de prendre connaissance de l'organisation même de la consultation, si l'administration ne prend pas soin par elle-même d'en relayer l'information. Inversement, c'est l'affichage en mairie qui s'impose pour les communes de moins de 10 000 habitants et pour les groupements de communes de moins de 30 000 habitants¹⁹⁶⁷. La publication de l'avis par voie électronique n'est alors imposée que lorsque la commune dispose d'un site Internet, sauf dans les communes de moins de 2000 habitants lorsqu'il s'agit d'une décision non-individuelle¹⁹⁶⁸. Ce dispositif a de fortes chances de ne jamais trouver son public qui n'a pas vocation à se rendre régulièrement en mairie ou sur le site Internet de la collectivité. Dans l'ensemble de ces hypothèses, il faut regretter l'absence d'affichage sur les lieux concernés lorsqu'il s'agit d'un projet, et de façon générale de diffusion de l'avis par voie de presse ou de publication locale.

358. Dans deux autres hypothèses, le législateur renvoie tout simplement à l'organisateur le soin de choisir lui-même les modalités pertinentes de diffusion de l'avis à destination du public, sous le contrôle du juge.

Depuis la loi du 18 juillet 1985, relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement¹⁹⁶⁹, il revient à l'autorité organisatrice d'une concertation régie par le code de l'urbanisme d'en définir « *les objectifs poursuivis et les modalités* »¹⁹⁷⁰. Le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont pas pris la peine de décrire précisément la façon dont doit se dérouler le processus mis en place et en premier lieu l'information préalable. Il est simplement prévu que « *les modalités de la concertation permettent (...) selon des moyens adaptés au regard de l'importance et des caractéristiques du projet, au public d'accéder aux informations relatives au projet (...)* »¹⁹⁷¹. Lorsqu'il est saisi, le juge réalise une appréciation adaptée à l'importance du projet, plan et programme, et une appréciation globale de la suffisance de la

¹⁹⁶⁶ Il en va de même pour les projets de loi soumis à une telle procédure en vertu de l'article R. 132-9 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁹⁶⁷ Articles L. 123-19-1 III et L. 123-19-2 III du code de l'environnement.

¹⁹⁶⁸ Article L. 123-19-1 IV du code de l'environnement. Étonnamment, cette disposition n'est pas prévue pour les décisions individuelles.

¹⁹⁶⁹ Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, JO, 19 juillet 1985, p. 8152.

¹⁹⁷⁰ Article L. 103-3 du code de l'urbanisme.

¹⁹⁷¹ Article L. 103-4 du code de l'urbanisme.

concertation sur l'ensemble de ces modalités d'organisation, plus que chacune prise isolément. Il applique ici un principe de proportionnalité. Comme l'indique B. Delaunay, « *la concertation est en fait assez peu souvent prévue par les textes ou l'est alors simplement dans le principe, sans qu'il existe une réglementation de détail de la procédure ; c'est pourquoi elle a fréquemment un caractère informel* »¹⁹⁷². Généralement, le juge s'avère assez tolérant et valide des dispositifs d'information pouvant pourtant sembler insuffisants à garantir le caractère accessible de l'information préalable à destination du public. Pris isolément, peuvent suffire un avis à destination du public publié dans un bulletin d'information municipal¹⁹⁷³, par voie de presse locale¹⁹⁷⁴, ou via une simple inscription sur le panneau d'affichage lumineux d'une commune¹⁹⁷⁵. Un simple avis sur un site Internet peut aussi être envisagé. Il suffit que l'administration avertisse l'ensemble du public et non pas uniquement les personnes concernées par le projet, comme par exemple les propriétaires riverains ou des associations dont l'objet se rapporte à celui du projet. Toutefois, l'administration peut tout à fait les avertir plus spécifiquement par courrier¹⁹⁷⁶. La pratique varie généralement selon l'importance du projet. Un grand projet peut tout à fait mobiliser de nombreux supports de communication (médias audiovisuels, réseaux sociaux, courriers d'invitation aux réunions largement diffusés), alors qu'un petit projet peut se limiter à une simple annonce par voie d'affichage ou de publication locale¹⁹⁷⁷.

De la même façon, aucun dispositif n'est particulièrement organisé pour les processus participatifs mis en place en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires. L'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration se borne à prévoir que l'administration « *met à disposition des personnes concernées les informations utiles* », ce que le juge administratif interprète comme imposant à l'administration de « *mettre à disposition des personnes concernées une information claire et suffisante sur l'objet de la consultation et ses modalités afin de leur permettre de donner utilement leur opinion* »¹⁹⁷⁸. Pour remplir cette exigence, l'administration reste libre de diffuser un avis par la

¹⁹⁷² B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 111.

¹⁹⁷³ CE, 13 mars 1992, n° 122786, Commune de Savenay.

¹⁹⁷⁴ TA Nice, 20 juillet 1988, n° 80088, Assoc. pour la sauvegarde du site de Gassin ; CAA Bordeaux, 11 février 2014, n° 12BX02488, *RDI*, 2014, p. 593, note SOLER-COUTEAUX ; CE, 3 septembre 1997, n° 171916, Lamy.

¹⁹⁷⁵ CE, 3 septembre 1997, n° 171916, Lamy.

¹⁹⁷⁶ CAA Bordeaux, 11 février 2014, n° 12BX02488, *RDI*, 2014, p. 593, note SOLER-COUTEAUX.

¹⁹⁷⁷ A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *Etudes foncières*, n° 119, janvier-février 2006, p. 28.

¹⁹⁷⁸ CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; *DA*, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

voie de la presse locale, d'un bulletin d'information locale, d'un simple affichage sur le domaine public voire dans des locaux publics, ou encore sur son site Internet.

359. Il faut regretter la multiplicité de ces dispositifs proposés par le législateur. Sous prétexte de simplification pour les petites collectivités, le droit en ressort peu lisible, alors qu'il se caractérise déjà par une complexité. Une convergence des dispositifs serait particulièrement opportune. Celle-ci pourrait s'appuyer sur un régime juridique simple. Lorsque les textes instituent une procédure de participation du public, l'avis devrait par principe pouvoir être diffusé sur le site Internet de l'autorité compétente ou, si elle n'en dispose pas, sur le site Internet de l'État dans le département, ainsi que par voie de publication et d'affichage locaux. Les procédures participatives portant sur des projets de règlement de portée nationale pourraient ne prévoir qu'une publication sur Internet. Ce raisonnement devrait pouvoir être transposé vis-à-vis des règles d'accès à l'information sur le projet.

§ 2 – La diversité des modes d'accès à l'information sur le projet

360. Parallèlement à la question de la réception de l'avis à destination du citoyen, l'informant de l'ouverture du processus participatif et des modalités de son organisation, se pose celle de l'accès par le citoyen à l'information relative au projet. Ici encore, la participation ne se caractérise pas par son unité. Lors de la mise en œuvre d'un instrument de participation fermée, le citoyen se voit notifier avec l'avis l'essentiel de l'information relative au projet (1). Inversement, le citoyen est invité à consulter un dossier d'information mis à sa disposition aussi bien dans le cadre des procédures de participation du public que dans celui des processus référendaires (2), ce qui démontre qu'il n'existe pas de corrélation entre la notification de l'avis et l'accès à l'information relative au projet.

A – La notification de l’essentiel de l’information relative au projet dans les instruments de participation fermée

361. Lors de la mise en œuvre d’un instrument de participation fermée, le titulaire du droit de participer se voit notifier avec l’avis l’essentiel de l’information relative au projet, à savoir, pour la procédure contradictoire, les griefs déterminants retenus à l’encontre de la personne intéressée (1) et, pour les membres des organes collégiaux, les informations nécessaires à l’examen des affaires (2). Cela ne signifie pas que les participants reçoivent directement par cette voie l’ensemble du contenu de l’information préalable. Pour bénéficier d’une information complète sur le projet, il leur sera parfois nécessaire de faire une démarche en vue de l’obtenir.

1) La communication d’office des griefs déterminants lors d’une procédure contradictoire

362. Au regard d’un citoyen, la procédure contradictoire offre un accès facilité à l’information sur le projet, puisque l’administration doit lui communiquer d’office aussi bien l’avertissement préalable que l’ensemble des griefs retenus à son encontre¹⁹⁷⁹. Le citoyen reçoit ainsi directement l’ensemble des éléments constituant l’information pertinente sur le projet lui permettant d’exercer sa défense. Toutefois, si en principe l’omission d’un seul grief déterminant suffit à vicier la procédure¹⁹⁸⁰, le juge ne sanctionne pas un défaut d’information si l’intéressé a pu présenter ses observations alors même que les griefs ou certains d’entre eux ne lui ont pas été communiqués¹⁹⁸¹ ou s’il en avait déjà connaissance en application de la théorie de la connaissance acquise¹⁹⁸². Puisque l’intéressé est déjà au courant, il n’est nul besoin de lui adresser une information qu’il connaît déjà.

Par comparaison, un citoyen est mieux informé qu’un agent public. Alors que le premier a droit à une communication d’office des griefs par l’administration, le second n’a droit à

¹⁹⁷⁹ CE, ass. 13 juillet 1967, Sieur Allegretto, *Rec.*, p. 314.

¹⁹⁸⁰ CE, 28 mars 1958, Ministre de l’Education nationale c/ Duffresne, *Rec.*, p. 204.

¹⁹⁸¹ CE, 25 novembre 1949, Gondrand, *Rec.*, p. 508.

¹⁹⁸² CE, 23 janvier 1948, Navet, *Rec.*, p. 30 ; CE, 30 juin 1950, Constantin, *Rec.*, p. 840, CE, ass. 12 décembre 1969, Le Luc, *Rec.*, p. 580.

communication de son dossier que s'il en fait la demande¹⁹⁸³. À titre de compensation, l'agent public doit être informé lors de l'avertissement préalable de la possibilité d'en faire la demande. Or, tous les agents ne sont pas sur un pied d'égalité. Les fonctionnaires soumis à une procédure disciplinaire sont avertis de leur droit à communication de leur dossier, en application de l'article 19 du Titre 1^{er} du Statut général. Pour les autres agents publics ou pour les autres catégories de mesures défavorables, en l'absence de textes, le juge considère l'obligation satisfaite « *dès lors que le comportement de l'administration n'a pu laisser ignorer son projet de sanction* »¹⁹⁸⁴. L'avertissement préalable vaut ainsi information du droit à demander communication du dossier, ce qui dans la réalité reste très incertain.

Cette question se pose aujourd'hui pour le citoyen visé par une mesure de sanction. Depuis le 1^{er} janvier 2016, il est prévu à l'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration que les mesures de sanction à l'encontre d'un citoyen « *ne peuvent intervenir qu'après que la personne en cause a été informée des griefs formulés à son encontre et a été mise à même de demander la communication du dossier la concernant* ». La logique voudrait que l'administration informe explicitement le citoyen de ce droit de demander la communication des éléments du dossier. Or, à ce jour, la jurisprudence n'impose pas à l'administration cette formalité. Le Conseil d'État considère que, « *s'agissant des mesures à caractère de sanction, le respect du principe général des droits de la défense suppose que la personne concernée soit informée, avec une précision suffisante (...), des griefs formulés à son encontre et puisse avoir accès aux pièces au vu desquelles les manquements ont été retenus, à tout le moins lorsqu'elle en fait la demande ; que d'ailleurs, l'article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration, entré en vigueur le 1er janvier 2016, précise désormais que les sanctions "n'interviennent qu'après que la personne en cause a été informée des griefs formulés à son encontre et a été mise à même de demander la communication du dossier la concernant" »*¹⁹⁸⁵. Ce faisant, pour le juge administratif, il suffit que l'administré puisse avoir accès aux pièces « *à tout le moins* », c'est-à-dire *a minima*, lorsqu'il en fait la demande. Il n'a donc pas besoin d'être informé spécifiquement du droit qu'il connaît en vertu de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Ce point pourrait être amélioré.

¹⁹⁸³ CE, sect., 23 juin 1967, Mirambeau, *Rec.*, p. 272.

¹⁹⁸⁴ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 470. Voir notamment CAA Marseille, 20 avril 2010, n° 08MA01246.

¹⁹⁸⁵ CE, 29 juin 2016, n° 398398, DLM Sécurité.

2) *La communication d'office des informations nécessaires à l'examen des affaires aux membres des organes collégiaux*

363. Avec la convocation qui leur est notifiés, les membres des organes collégiaux reçoivent directement à leur domicile les informations nécessaires à l'examen des affaires, ce qui ne représente cependant pas nécessairement l'intégralité de l'information relative au projet.

Au sein d'une assemblée délibérante, les membres doivent recevoir directement, avec la convocation, la « note de synthèse », formalisant le texte de la décision à prendre, et devant permettre aux membres de l'organe d'en appréhender le contexte, d'en comprendre les motifs et d'en mesurer les implications. Cependant, il n'en va pas de même des documents annexes nécessaires à l'examen du projet, tel que le texte de convention, budget, tableaux financiers, plans... Tout au plus, ils disposent d'un simple droit « *de pouvoir consulter (...) les pièces et documents annexes nécessaires à l'examen du projet* », sur demande durant le délai de convocation ou, au moins, au cours de la séance de la réunion de l'organe¹⁹⁸⁶. D'un point de vue factuel, la pratique tend à démontrer que les exécutifs profitent largement de cette liberté, en ne communiquant pas systématiquement les documents annexes avec la note de synthèse. De leur côté, les membres de ces organes utilisent rarement leur droit d'en demander la communication durant le délai de convocation et se contentent souvent d'attendre la réunion de l'organe pour en prendre connaissance. Or, il n'est pas certain que la présentation faite lors de la réunion de l'organe soit exhaustive compte tenu du temps imparti à l'étude des différents points à l'ordre du jour, parfois très nombreux. Si le membre de l'organe n'a pas pris connaissance des documents en amont, pourtant nécessaire pour en expliquer le sens, les motifs et les implications, il risque de n'en avoir qu'une vision limitée à ce que les échanges oraux auront pu éclairer. Cependant, cette tendance à la passivité peut se justifier par l'absence d'un cadre juridique précis en faveur de cette information préalable. Le droit positif n'organise pas réellement de cadre d'ensemble régissant l'accès à l'information relative au projet en dehors du contenu de la note de synthèse. À l'instar de la procédure contradictoire, le droit positif n'organise pas la diffusion aux membres de l'organe d'une indication sur leur faculté d'accéder aux informations relatives aux projets, dont ils sont censés avoir connaissance eu égard à la nature de leur fonction. Il revient simplement à l'administration de répondre ponctuellement à

¹⁹⁸⁶ CE, 23 avril 1997, Ville Caen c. Paysant, *Rec.* 158 ; *AJDA*, 1997, p. 518, conclusions V. PÉCRESE. Si cet arrêt a été rendu à propos du droit à l'information des élus locaux, sa portée peut être étendue à tous les organes délibérants.

une demande individuelle. L'ensemble des informations dont les membres peuvent revendiquer l'accès ne sont d'ailleurs pas nécessairement regroupés au sein d'un dossier mis à disposition des membres. L'administration reste libre de déterminer les modalités de diffusion de cette information. Afin de renforcer le régime juridique de ce dispositif participatif, il serait pertinent de reconnaître de façon générale aux membres des organes collégiaux un droit d'avoir accès à ces données d'information complémentaires par consultation sur place ou, de se les faire communiquer par courrier électronique sur demande, sauf si ce n'est pas possible pour des raisons techniques.

La situation diffère très légèrement pour les organes consultatifs, et plus largement pour toute procédure consultative de caractère fermé. En cette matière, l'article 11 du décret du 28 novembre 1983 prévoyait, pour les commissions consultatives de l'État de ses établissements publics, qu'« à défaut de dispositions réglementaires contraires, et, sauf urgence, les membres des organismes consultatifs reçoivent (...) une convocation écrite comportant l'ordre du jour et, éventuellement, les documents nécessaires à l'examen des affaires qui y sont inscrites ». Depuis le décret du 8 juin 2006, « sauf urgence, les membres de la commission reçoivent (...) une convocation comportant l'ordre du jour et, le cas échéant, les documents nécessaires à l'examen des affaires qui y sont inscrites »¹⁹⁸⁷. La rédaction proposée ne dit pas très clairement si ces données d'information doivent être adressées avec la convocation, puisque l'expression « le cas échéant » est retenue. Pour autant, au regard de la jurisprudence, cette formulation n'autorise pas l'exécutif à laisser aux participants le soin d'en demander l'accès durant le délai de convocation. Les documents nécessaires à l'examen des affaires doivent être systématiquement notifiés à tous les membres avec la convocation¹⁹⁸⁸. Ces derniers bénéficient alors d'une information renforcée, puisque les documents nécessaires à l'examen des affaires regroupent tous les éléments d'information de nature à permettre l'examen du projet, de ses motifs et de ses implications. Il n'y a alors ici pas lieu de distinguer la note de synthèse des éventuels documents annexes. Seuls des documents complémentaires peuvent être diffusés plus tardivement, notamment lors de la réunion, tant que des éléments d'information suffisants ont déjà été transmis en amont. Si cette règle favorable à l'information des membres de l'organe

¹⁹⁸⁷ Article R. 133-8 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁹⁸⁸ CE, 30 décembre 2015, n° 382756, Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles : « considérant que le décret attaqué a été soumis pour avis au Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH) dans sa séance du 10 septembre 2013 ; qu'il ressort des pièces du dossier que les membres du CNCPH ont été convoqués à cette séance par un courrier électronique du ministère chargé des affaires sociales du 6 septembre 2013, annonçant l'envoi de documents "d'ici le lendemain" ; que le délai de convocation et de communication des documents de la séance, prévu par l'article 9 du décret du 8 juin 2006, n'a ainsi pas été respecté, sans qu'une situation d'urgence ne justifie une telle dérogation ».

s'impose aux commissions à caractère consultatif de l'Etat, le juge administratif ne s'est à ce jour jamais prononcé sur la question de savoir si cet état du droit pouvait être transposé aux organes consultatifs des collectivités territoriales. Or, la pratique des collectivités locales fait parfois défaut dans le cadre des commissions consultatives accueillant les habitants et associations locales. L'administration se contente souvent d'une simple vidéo-projection accompagnée d'une présentation orale lors de la réunion. Ce n'est donc qu'à ce moment que les membres prennent connaissance du projet soumis à leur avis. Le régime juridique mériterait d'être éclairci en la matière.

B – La mise à disposition d'un dossier d'information dans les procédures de participation ouverte

364. Contrairement aux instruments de participation fermée, les instruments de participation ouverte se caractérisent, sauf rares exceptions, par la mise à disposition du citoyen d'un dossier contenant l'information relative au projet. L'avis à destination du public doit en informer le citoyen afin qu'il soit en mesure d'y accéder. Cette situation se présente logiquement dans le cadre des procédures de participation du public, puisqu'un avis diffusé par voie d'affichage ou de presse ne peut bien évidemment pas comprendre l'intégralité des informations relatives au projet. Il en va de même des processus référendaires, quand bien même l'existence partielle d'un dispositif de notification aux électeurs aurait tout à fait pu comprendre cette information.

Tout comme pour l'avis à destination du citoyen, l'exigence d'accessibilité nécessite la mise en place de supports adaptés de diffusion de ce dossier d'information. Historiquement, cet accès était garanti par la mise à disposition d'un support papier, ce qui contraignait les citoyens à se déplacer dans des lieux publics identifiés et à des heures limitées. Tout au plus, pouvaient-ils se procurer le dossier par courrier à leur frais. Le développement de l'outil Internet a permis de dépasser ces limites, en dématérialisant l'accès à l'information relative au projet. Elle est désormais accessible en tout temps et en tout lieu, ou presque. Cependant, cet outil n'est pas nécessairement adapté à toutes les populations, comme en témoigne l'expression d'une « fracture numérique »¹⁹⁸⁹. Si l'outil Internet doit pouvoir être développé, il n'apparaît aujourd'hui pas encore pertinent qu'il se substitue purement et simplement au support papier

¹⁹⁸⁹ Sur cette notion, voir *infra*, n° 394.

de diffusion du dossier. Si le législateur comme le pouvoir réglementaire ont conscience de la nécessité d'assurer un double accès au dossier (1), ils ne l'organisent toutefois pas systématiquement (2).

1) *Des procédures organisant la mise à disposition du dossier cumulativement sur support papier et par voie dématérialisée*

365. La mise à disposition du dossier d'information cumulativement sur support papier n'est à ce jour organisée que dans le cadre de quelques procédures de participation du public.

Depuis l'origine des enquêtes publiques, le dossier d'information a toujours fait l'objet d'une mise à disposition du public sur support papier. Selon le choix fixé dans l'arrêté d'ouverture de l'enquête, le dossier peut être présent, soit cumulativement en préfecture et à la mairie de la commune où doit être réalisée l'opération ou le projet¹⁹⁹⁰, soit uniquement au siège de l'établissement public de coopération intercommunale ou à la mairie de l'une des communes où doit être réalisée l'opération projetée¹⁹⁹¹. En outre, un dossier sommaire donnant les caractéristiques principales des ouvrages les plus importants peut facultativement être mis à disposition dans d'autres mairies ou d'autres lieux spécifiquement identifiés dans l'arrêté. Ces dossiers sont accessibles par le public sans demande préalable en fonction des heures et jours également déterminés dans l'arrêté. Il est à ce titre, explicitement prévu que « *les jours et heures, ouvrables ou non, où le public pourra consulter un exemplaire du dossier et présenter ses observations sont fixés de manière à permettre la participation de la plus grande partie de la population, compte tenu notamment de ses horaires normaux de travail. Ils comprennent au minimum les jours et heures habituels d'ouverture au public de chacun des lieux où est déposé le dossier ; ils peuvent en outre comprendre des heures en soirée ainsi que plusieurs demi-journées prises parmi les samedis, dimanches et jours fériés* »¹⁹⁹².

¹⁹⁹⁰ Lorsque l'opération projetée doit être réalisée sur le territoire de plusieurs départements mais qu'elle concerne principalement l'un d'eux, l'enquête publique est ouverte à la préfecture du département sur le territoire duquel la plus grande partie de cette opération doit être réalisée.

¹⁹⁹¹ Cette hypothèse s'impose lorsque l'opération doit être réalisée sur le territoire et pour le compte d'une seule commune.

¹⁹⁹² Article R. 123-10 du code de l'environnement.

En outre, la matière environnementale offre deux autres modes d'accès au dossier d'enquête. D'abord, l'autorité compétente doit le communiquer à toute personne sur sa demande et à ses frais, dès la publication de l'arrêté d'ouverture de l'enquête et durant celle-ci¹⁹⁹³, ce qui constitue une innovation importante de la loi Grenelle II. Auparavant, il s'agissait d'un simple droit accordé aux associations agréées de protection de l'environnement¹⁹⁹⁴. Ensuite, alors qu'il ne s'agit en principe que d'une simple faculté laissée à la discrétion de l'autorité compétente¹⁹⁹⁵, la matière environnementale impose la publication par voie électronique du dossier d'enquête. Cette possibilité avait été notamment préconisée par le Conseil d'Etat en 1999¹⁹⁹⁶, mais il a fallu attendre la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹⁹⁹⁷ pour qu'elle soit mise en œuvre à titre expérimental. Cette loi avait prévu qu'un « *décret détermine les projets, plans ou programmes qui font obligatoirement l'objet d'une communication au public par voie électronique, comprenant non seulement les éléments indiqués au I mais également, selon les cas, l'évaluation environnementale et son résumé non technique, l'étude d'impact et son résumé non technique ou, à défaut, le dossier d'informations environnementales se rapportant à l'objet de l'enquête publique ainsi que, lorsqu'ils sont rendus obligatoires, les avis émis par une autorité administrative sur les projets, plans ou programmes. Ce décret permet, dans un premier temps, une expérimentation sur une liste limitée de projets, plans ou programmes ; cette liste pourra être étendue en fonction du résultat de cette expérimentation* »¹⁹⁹⁸. Ces projets, plans ou programmes ont alors été classés en 13 catégories fixées à l'article 1^{er} du décret n° 2011-2021 du 29 décembre 2011¹⁹⁹⁹. Dès lors, l'ensemble de l'information préalable, qu'il s'agisse de l'avis et du dossier d'information, était disponible par voie électronique au plus tard à la date de l'ouverture de l'enquête, sans préjudice des autres modalités de publicité prévues par les textes en vigueur. Depuis le 1^{er} janvier 2017²⁰⁰⁰, cette expérimentation a pris fin et, désormais, le dossier d'enquête doit

¹⁹⁹³ Articles L. 123-11 et R. 123-9 du code de l'environnement.

¹⁹⁹⁴ Il s'agissait d'une innovation de la loi Barnier n° 95-101 du 2 février 1995.

¹⁹⁹⁵ Cette faculté est notamment envisagée à l'article R. 123-8 du code de l'environnement au sujet des avis émis sur le projet, dont l'accès peut être organisé par voie électronique s'ils sont très volumineux. Il peut en aller de même lorsque l'article R. 134-22 du code des relations entre le public et l'administration évoque que la notion d'un « *autre mode de consultation* ».

¹⁹⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui, op. cit.*, p. 56 : « *pourrait être envisagée la diffusion systématique des dossiers d'enquête sur ces réseaux de communication* ».

¹⁹⁹⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905 (article 236).

¹⁹⁹⁸ Ancienne mouture de l'article L. 123-10 du code de l'environnement.

¹⁹⁹⁹ Décret n° 2011-2021 du 29 décembre 2011 déterminant la liste des projets, plans et programmes devant faire l'objet d'une communication au public par voie électronique dans le cadre de l'expérimentation prévue au II de l'article L. 123-10 du code de l'environnement, *JO*, 30 décembre 2011, p. 22718.

²⁰⁰⁰ Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JO*, n° 0181, 5 août 2016.

systématiquement être mis à disposition sur le site Internet de l'autorité compétente pour ouvrir et organiser l'enquête, lorsque celle-ci dispose d'un site, ou à défaut sur le site Internet des services de l'État dans le département²⁰⁰¹. Afin de rendre cette mise à disposition accessible à tous, le public doit être informé dans l'avis du ou des points et des horaires d'accès où le dossier de l'enquête publique peut être consulté sur un ou plusieurs postes informatiques dans un lieu ouvert au public²⁰⁰². De la même manière, l'évaluation environnementale, l'étude d'impact, le dossier comprenant les informations environnementales, et l'avis de l'autorité environnementale doivent également être mis à disposition sur support papier et sur un site Internet. Les lieux et adresses électroniques dans lesquels ils sont disponibles peuvent différer de ceux du dossier d'enquête. Dans ce cas, l'avis doit en informer le public.

Cette dualité entre le dossier papier et le dossier électronique permise en matière d'enquête publique environnementale offre la meilleure modalité d'accès à cette information. Il serait particulièrement nécessaire de l'imposer également pour les enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration, soit sur son propre site Internet, soit sur celui du représentant de l'État dans le département. Dans la société contemporaine, l'outil Internet est un instrument de modernité devenu indispensable, sans pour autant avoir vocation à se substituer purement et simplement au support papier qui continue de trouver des adeptes.

Dans le cadre des procédures de participation du public régies par les articles L. 123-19, L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, le législateur a souhaité prendre en compte les capacités des collectivités publiques. Par principe, le public doit systématiquement avoir accès au dossier d'information et à l'information environnementale²⁰⁰³ par voie électronique. En outre, pour lutter contre la fracture numérique, tout en limitant la dépense publique²⁰⁰⁴, le législateur a prévu que chacun peut faire une demande de mise à disposition sur support papier dans les préfetures et les sous-préfetures en ce qui concerne les décisions des autorités de l'État, y compris les autorités administratives indépendantes, et des établissements

²⁰⁰¹ Articles L. 123-12 et R. 123-11 du code de l'environnement.

²⁰⁰² Article L. 123-10 du code de l'environnement.

²⁰⁰³ Au terme de l'article R. 122-9 du code de l'environnement, « l'étude d'impact ainsi que, le cas échéant, la décision, mentionnée au IV de l'article R. 122-3, rendant obligatoire la réalisation d'une évaluation environnementale et les avis mentionnés à l'article R. 122-7 sont insérés dans les dossiers soumis à enquête publique ou à participation du public par voie électronique conformément à l'article L. 123-19, le cas échéant selon les modalités prévues au 4° de l'article R. 123-8 ». Étonnamment, cette disposition n'est pas prévue pour les évaluations environnementales applicables aux plans et programmes.

²⁰⁰⁴ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

publics de l'État, ou au siège de l'autorité en ce qui concerne les décisions des autres autorités, pour les articles L. 123-19 et L. 123-19-1. Sans raison apparente, ce dispositif ne s'applique pas à l'article L. 123-19-2. La demande doit être présentée « *sur place* » et les documents sont mis à disposition « *au plus tard le deuxième jour ouvré suivant celui de la demande* »²⁰⁰⁵, ce qui peut obliger le citoyen à se déplacer à deux reprises. Une demande préalable par courriel ou par téléphone aurait dû suffire. Sur ce point encore, des évolutions peuvent être attendues. Malheureusement, la mention de ce droit dans l'avis à destination du public n'est juridiquement pas imposée, alors que cette information peut s'avérer utile. Ce n'est en définitive que lorsque le volume ou les caractéristiques du projet de décision ou du dossier de demande ne permettent pas sa mise à disposition par voie électronique, que la note de présentation diffusée sur le site Internet précise les lieux et horaires où l'intégralité du projet ou du dossier de demande peut être consultée sans demande préalable. La règle s'inverse pour les communes de moins de 10 000 habitants. La publication de l'information préalable par voie électronique n'est imposée que lorsque la commune dispose d'un site Internet, sauf si son volume ou ses caractéristiques ne le permettent pas. Le législateur impose en toute circonstance que la mise à disposition du dossier d'information sur support papier, sans qu'une demande préalable soit nécessaire. Enfin, l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement prévoit que les communes de moins de 2000 habitants ne sont jamais tenues de mettre à disposition du public une version électronique.

2) *Des procédures organisant la mise à disposition du dossier alternativement sur support papier ou par voie dématérialisée*

366. Nous l'avons aperçu, le droit positif se contente parfois d'imposer le support papier de diffusion du dossier d'information. Cette situation se présente logiquement lorsque le volume ou les caractéristiques du projet de décision ou du dossier de demande ne permettent pas sa mise à disposition par voie électronique. Elle est également caractérisée lorsque la collectivité ne dispose pas de site internet, sauf pour les enquêtes publiques environnementales puisque dans cette hypothèse le dossier doit être mis en ligne sur le site Internet des services de l'État dans le département. Ce dispositif mériterait d'être généralisé au moins à toutes les procédures de participation obligatoires, ce qui permettrait d'élargir l'accès au dossier pour les enquêtes

²⁰⁰⁵ Article D. 123-46-2 du code de l'environnement.

publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration et lors de la mise en œuvre de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement par les communes de moins de 2 000 habitants, pour lesquels le droit positif se borne à imposer l'écrit. Dans l'hypothèse de l'organisation d'une procédure facultative, il pourrait alors être envisagé de n'imposer la mise à disposition du dossier par voie électronique que lorsque la collectivité dispose d'un site internet, afin de ne pas engorger les services de l'État, dont la mission n'est pas d'assurer un suivi exhaustif des procédures participatives mises en place facultativement par les collectivités territoriales et leurs groupements. Cette situation se présente dans le cadre des référendums locaux et des consultations locales des électeurs régis par le code général des collectivités territoriales, pour lesquels le mode d'accès au dossier se limite encore au support papier. Lorsqu'il s'agit d'une commune, « *le dossier d'information est mis à disposition du public à la mairie et, le cas échéant, dans les mairies annexes* »²⁰⁰⁶. Lorsqu'il s'agit d'un département, d'une région ou d'une autre collectivité territoriale, « *le dossier d'information est mis à disposition du public à l'hôtel du département ou de la région et dans les mairies des communes chefs-lieux de canton du département ou de la région* »²⁰⁰⁷.

367. Inversement, le droit positif peut aussi se contenter d'imposer le support électronique de diffusion du dossier d'information. Ainsi en va-t-il de la procédure de consultation des électeurs régie par le code de l'environnement, qui organise seulement la mise à disposition du dossier par voie électronique sur le site Internet de la Commission nationale du débat public²⁰⁰⁸, lui-même chargé de renvoyer aux sites Internet comprenant des documents de nature à éclairer les électeurs. Mais, afin de rendre cette information accessible à tous, et notamment à ceux qui ne disposeraient pas de l'outil Internet à leur résidence, il est prévu que les maires de chaque commune du département concerné « *mettent à la disposition des électeurs un point d'accès à Internet qui permet d'en prendre connaissance* », en mairie et, s'il en existe, dans la mairie annexe de la commune²⁰⁰⁹. Des modalités complémentaires de mise à disposition de tout ou partie du dossier peuvent également être prévues, lorsqu'elles s'avèrent nécessaires, mais elles ne sont jamais imposées²⁰¹⁰. Le dispositif mis en place vise à réduire les coûts de la consultation tout en garantissant un bon accès à l'information. Cependant, une faible proportion de la

²⁰⁰⁶ Article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales.

²⁰⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁰⁸ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

²⁰⁰⁹ Articles L. 123-26 et R. 123-47 du code de l'environnement.

²⁰¹⁰ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

population non à l'aise avec l'outil Internet reste théoriquement discriminée, quand bien même il revient à chaque maire, sur la base du volontariat, d'accompagner les personnes désireuses. Pour compenser cette faiblesse, il aurait été aussi intéressant de transposer le dispositif de l'accès au dossier sur demande préalable auprès des services de l'État dans le département. Ces droits nouveaux mériteraient d'être élargis aux autres instruments participatifs qui n'accueillent que la mise à disposition du dossier par voie électronique. Cette situation se présente dans le cadre de la procédure de consultation ouverte sur Internet régie par le code des relations entre le public et l'administration. Il en va de même lors de la mise en œuvre de la procédure de consultation du public régie par l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement, sauf lorsque le volume ou les caractéristiques du projet ne le permettent pas. Pour le dispositif de concertation préalable régie par le code de l'environnement, il est prévu que le dossier soit mis à disposition sur le site internet de l'autorité publique ou, s'il elle n'en dispose pas, sur celui des services de l'État dans le département²⁰¹¹. Enfin, s'agissant du débat public, la Commission nationale du débat public est simplement invitée à publier sur son site Internet un document de synthèse du projet²⁰¹², avec un renvoi au site Internet du débat sur lequel est disponible le dossier d'information intégral, tel qu'il a été constitué par le maître d'ouvrage ou le responsable du projet, plan ou programme suivant les indications de la Commission nationale du débat public. Dans toutes ces hypothèses, l'organisateur peut tout à fait assurer volontairement l'accès à un exemplaire papier.

368. Une troisième hypothèse se présente lorsque le législateur laisse à l'organisateur, sous le contrôle du juge, le soin de choisir la solution qu'il juge la plus adaptée.

Cette hypothèse caractérise la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme, pour laquelle le législateur renouvelle, pour le mode de diffusion du dossier d'information, la liberté qu'il a accordée au responsable du projet, plan ou programme pour rendre accessible l'avis à destination du public²⁰¹³. En la matière, le juge s'avère peu formaliste. Si l'autorité organisatrice peut classiquement prévoir la mise à disposition du public d'un dossier d'information à son siège²⁰¹⁴, ou sur son site Internet, l'information relative au projet

²⁰¹¹ Article R. 121-19 du code de l'environnement.

²⁰¹² Article R. 121-7 du code de l'environnement.

²⁰¹³ Voir *supra*, n° 358.

²⁰¹⁴ *Idem*.

peut aussi prendre la forme d'une simple exposition publique²⁰¹⁵ ou d'un simple article publié dans le bulletin d'information municipale²⁰¹⁶. Ces méthodes allégées de communication des éléments relatifs au projet peuvent étonner. Pour le juge, l'essentiel consiste à vérifier que le support de communication contienne les informations suffisantes relatives au projet. Il faut partager le constat fait notamment par B. Delaunay à propos de cette procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme. La concertation peut « *certes (...) être pratiquée de manière informelle et parfois avec un certain succès, mais le fait d'être laissée à la libre initiative des pouvoirs publics ou d'être peu règlementée ne confère pas aux administrés des garanties suffisantes lors de l'élaboration des décisions administratives* »²⁰¹⁷. « *Une certaine structuration et une certaine organisation sont nécessaires pour qu'il y ait une participation authentique* »²⁰¹⁸. Même si le législateur souhaite garantir une liberté locale, il est certain que le silence des textes n'incite pas à un renforcement de la garantie matérielle d'information préalable.

Etonnamment, cette liberté n'est pas offerte dans le cadre des concertations décidées au cas par cas ou sur la base d'une décision d'une délibération cadre. En effet, depuis la loi du 24 mars 2014²⁰¹⁹, l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme dispose que « *dans ce cas, le maître d'ouvrage transmet à l'autorité compétente pour statuer un dossier de présentation du projet (...). L'autorité compétente met ce dossier à la disposition du public dans des conditions lui permettant d'en prendre connaissance (...)* ». On peut alors affirmer que de simples expositions publiques ou articles dans un journal local ne suffisent plus. Le dossier peut toutefois être mis à disposition sur support papier ou sur support électronique. Cette forme de concertation facultative est ainsi plus contraignante que la procédure de concertation obligatoire prévue à l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme. On ne comprend alors plus pourquoi le législateur impose une méthode, un dossier mis à disposition, lors d'une procédure facultative quand il laisse à l'administration le soin de la déterminer lorsque la procédure est obligatoire.

²⁰¹⁵ CE, 28 juillet 1993, n° 130566, *Ministre l'équipement c/ Perrin* ; CE, 5 octobre 1990, n° 101698, *Association de défense des propriétaires, commerçants, industriels, artisans et occupants et de participation des propriétaires du secteur n° 9 des ZAD de Levallois*, *Rec.*, tables., p. 1050 ; *DA*, 1990, n° 564 ; *RDI*, 1991, p. 197 ; CE, 11 janvier 1991, n° 101753, *M. et Mme Leroy* ; CE, 30 décembre 1998, n° 191480, *Association de défense du site Realtor et son environnement*, *RDI*, 1999, p. 71, note HUBERT ; *Constr.-Urb.*, 1999, n° 156, note LARRALDE ; *AFDUH*, 2000, p. 212.

²⁰¹⁶ CE, 13 mars 1992, n° 122786, *Commune de Savenay*.

²⁰¹⁷ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 111.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 110-111.

²⁰¹⁹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO*, n° 0072, 26 mars 2014, p. 5809 (article 170).

Enfin, pour les procédures d'association du public organisée en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, l'article L. 131-1 du code des relations prévoit que l'administration « *rend publiques les modalités de cette procédure [et] met à disposition des personnes concernées les informations utiles (...)* ». Partant, le mode de mise à disposition de l'information préalable n'a pas nécessairement à prendre la forme d'un dossier. Là encore, l'information relative au projet peut être simplement diffusée sur un bulletin d'information ou par voie d'exposition.

369. Ici encore, la diversité des modes d'accès à l'information sur le projet devrait pouvoir faire l'objet d'une convergence. À défaut d'avoir fait l'objet d'une notification individualisée, l'information sur le projet devrait pouvoir faire *a minima* l'objet d'un dossier mis à disposition des titulaires du droit de participer. Lorsque les textes instituent une procédure de participation du public, ce dossier devrait par principe pouvoir être mis à disposition sur le site Internet de l'organisateur ou, si elle n'en dispose pas, sur le site Internet de l'État dans le département, ainsi que sur support papier au siège de l'autorité compétente. Les procédures participatives portant sur des projets de règlement de portée nationale pourraient ne prévoir qu'une mise à disposition sur Internet, accompagnée d'un droit d'accès au dossier papier sur demande dans les préfectures.

Ces efforts de convergence peuvent se prolonger dans le cadre du droit à l'expression du point de vue qui constitue la deuxième garantie principale assurant l'effectivité de la participation.

Section 2 – La diversité des formes d'expression du point de vue

370. S'il constitue l'objet commun des processus participatifs, le droit pour le citoyen d'exprimer son point de vue constitue aussi la source de la diversité apparente de la participation du citoyen à la décision administrative. Cette dernière varie inexorablement selon que le citoyen soit invité à s'exprimer par des observations, remarques, contre-propositions, ou par un vote approuvant ou rejetant un projet. Cependant, les différents modèles de la participation ambitionnent tous d'organiser une « scène délibérative ». « *Les procédés de participation du*

public à l'élaboration de la décision administrative sont la traduction d'un renouveau de l'action publique. Ils accompagnent (...) un changement idéologique et méthodologique, reposant sur la nécessité d'une délibération préalablement à l'adoption d'une décision »²⁰²⁰. Désormais, pour être légitime, la décision publique devrait faire l'objet d'un processus d'élaboration de nature délibérative. Cette « administration délibérative » implique une forme de dépassement de la théorie de la légitimité démocratique, puisque ce n'est ainsi plus tout à fait la recherche du consentement qui est à la source de la légitimité de la décision²⁰²¹. « La décision légitime n'est pas la volonté de tous, mais celle qui résulte de la délibération de tous »²⁰²². L'administration délibérative implique aussi une forme de dépassement de la théorie de l'intérêt général, puisque la légitimité de la décision ne dépend plus tout à fait de son contenu²⁰²³. Selon le « modèle délibératif » le « processus de formation de la volonté (...) est aussi important que la décision » à laquelle il conduit²⁰²⁴. Pour les auteurs à l'origine de la notion de démocratie délibérative²⁰²⁵, « la légitimité d'une décision (...) 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 (...) d'ordre procédural »²⁰²⁶. Le concept d'administration délibérative conduit à affirmer que la qualité et l'acceptabilité de la décision publique ne peut découler que d'une œuvre constructive, et non pas d'un choix entre des positions préétablies. Ainsi, la légitimité de la décision publique « n'est plus fondée sur le présupposé selon lequel les individus ont une volonté prédéterminée mais sur une construction quasi empirique de la volonté des

²⁰²⁰ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 548.

²⁰²¹ Voir *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁰²² B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 82.

²⁰²³ Voir *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

²⁰²⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 551.

²⁰²⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, op. cit. ; L. BLONDIAUX, « Démocratie délibérative et démocratie participative ; une lecture critique », in *Démocratie participative et gestion de proximité*, La Découverte, 2005 ; A. BOUVIER, « Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 45, n°136, 2007, p. 5 ; J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 198 ; J. CHEVALLIER, « La démocratie délibérative : mythe et réalité », op. cit. ; B. MANIN, « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques*, n° 42, 2011, p. 83 ; B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », op. cit., p. 72 ; Y. SINTOMER, « Délibération et participation : affinité élective ou concepts en tension ? », *Participations*, n° 1, 2011, p. 239-276.

²⁰²⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 94.

participants »²⁰²⁷. En d'autres termes, « *c'est le processus de formation des volontés qui confère sa légitimité aux résultats, non les volontés déjà formées* »²⁰²⁸. Pour y parvenir, doit s'instaurer un échange, un dialogue, une interaction entre l'ensemble des parties prenantes, qu'il s'agisse du responsable du projet, du décideur, des intérêts affectés et plus largement du public. À ce titre, le modèle délibératif implique nécessairement la participation. Cependant, la participation ne transcrit qu'imparfaitement l'impératif délibératif. Outre le positionnement des acteurs, qui ne sont pas toujours enclins à adopter une démarche constructive²⁰²⁹, c'est ici la question des formes de l'échange permis par la participation qui se pose. En effet, le choix des formes d'expression du point de vue n'est pas sans conséquence sur la qualité de l'échange. Si, classiquement, les formes écrite et orale ont toujours été vues comme complémentaires (§ 1), le développement de l'outil Internet a pu renouveler cette approche (§ 2).

§ 1 – L'oralité et l'écrit, des formes classiquement vues comme complémentaires

371. Versant classique de la question des formes d'émission du point de vue, le choix entre une présentation écrite ou orale est de nature à influencer sur l'existence et la qualité des échanges (A). Alors que leur complémentarité est avérée, le droit ne cherche pas toujours à la concrétiser (B).

A – La présentation orale ou écrite de nature à influencer sur l'existence et sur la qualité des échanges

372. Afin d'apprécier l'intérêt de recourir aux formes écrites et orales d'expression du point de vue, encore faut-il être en mesure d'en comprendre la portée pour le citoyen. Pour schématiser la problématique, il faut envisager que les formes écrite et orale ont chacune des qualités que ne semble pas présenter l'autre, ce qui les rend complémentaires et justifie une

²⁰²⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 550.

²⁰²⁸ B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *op. cit.*, p. 82.

²⁰²⁹ Voir *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

présence conjointe au sein des différents instruments de participation du citoyen à la décision administrative. Pour le citoyen, on pourrait en apparence penser que l'oralité, « *par son moindre formalisme est de nature à faciliter l'accès des usagers à la procédure administrative non contentieuse* »²⁰³⁰. Puisque tous les citoyens ne sont pas spécialement à l'aise avec la formalisation écrite de leurs idées, l'oralité offre à chacun un moyen plus naturel d'expression. Pour autant, l'inverse est aussi à prendre en considération. Certains citoyens sont en effet plus à l'aise pour organiser leur pensée à l'écrit qu'à l'oral, où la relation à l'interlocuteur peut parfois être déstabilisante. En outre, si l'oralité est plus favorable à l'échange que l'écrit (1), l'écrit offre davantage de garanties pour la construction de l'argumentation et pour sa prise en compte ultérieure (2).

1) *L'oralité plus favorable à l'échange que l'écrit*

373. En développant des processus participatifs permettant au citoyen d'être associé à la prise de décision et/ou de contredire les positions de l'administration, le système juridique encourage tout autant l'administration que le citoyen à débattre, à nouer des échanges de nature à améliorer le contenu de la décision et à la légitimer. C'est de la discussion du projet que peut naître le consensus, le compromis ou l'arbitrage. Or, pour faciliter la naissance d'une telle discussion, l'écrit et l'oralité ne présentent pas les mêmes atouts. Il peut être ici intéressant de partir de constats évoqués par S. Caudal au sujet de la procédure contradictoire. Elle estime que, si c'est dans l'émission des observations « *que réside l'essentiel de la procédure contradictoire* », c'est aussi là que peuvent se trouver « *ses plus graves limites en pratique* »²⁰³¹. D'une manière générale, la discussion ne constitue pas un « *échange d'arguments susceptibles de se prolonger après l'émission des observations en défense, autrement dit, un véritable débat* »²⁰³². Elle se réduit généralement à un monologue de l'intéressé face à une administration pouvant tout à fait rester silencieuse. Juridiquement, l'intéressé ne dispose que d'un droit d'émettre des observations, sans que l'administration soit tenue de lui répondre autrement que par la décision projetée. Cette dernière constitue d'une certaine manière cette réponse²⁰³³. C'est la raison pour

²⁰³⁰ O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, D.*, 1996, p. 633.

²⁰³¹ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 28.

²⁰³² P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français, op. cit.*, p. 364.

²⁰³³ *Idem.*

laquelle S. Caudal estime qu'on est « *loin de l'enchaînement de réponses alternées* »²⁰³⁴, et qu'il n'y a « *point d'aboutissement du contradictoire* »²⁰³⁵. Ce premier constat applicable en matière de procédure contradictoire peut tout à fait s'appliquer à l'ensemble des procédures participatives conduisant le citoyen à émettre ses observations. Hormis quelques exceptions ou tempéraments, la participation à la procédure peut tout à fait en rester à un monologue conduisant le citoyen à donner ses appréciations sur un projet de décision sans que le décideur ne soit tenu, ni de prendre en compte substantiellement les remarques formulées, ni d'y répondre. Dans cette optique, l'administration peut tout à fait se contenter de laisser ouverte une simple faculté de contradiction, sans esprit de dialogue.

374. Or, pour favoriser des échanges et éventuellement un débat entre l'administration et le citoyen, l'oralité présente des avantages non négligeables par rapport à la présentation écrite des observations. Pour poursuivre le raisonnement de S. Caudal sur la procédure contradictoire, « *de ce point de vue, la forme, écrite ou orale, n'est pas indifférente. L'oralité se prête en effet assez naturellement à la contradiction, à l'échange d'arguments ; l'écrit, certes, ne l'empêche pas, mais il faudra une procédure très formaliste* »²⁰³⁶. Sans vouloir trop s'avancer au regard de la pratique, qui peut témoigner de nombreux exemples positifs comme négatifs s'agissant de la volonté de dialogue de l'administration, on peut s'accorder sur le fait que la présentation d'observations orales facilite la poursuite de l'échange²⁰³⁷. D'abord, l'administrateur ou le responsable du projet sera plus enclin à répondre à des observations émises oralement devant lui qu'au sujet d'observations écrites dont il prendra connaissance plus tardivement²⁰³⁸. Ensuite, s'ils se poursuivent, les échanges permettront aussi à chaque partie d'approfondir son point de vue au regard de remarques ou questions soulevées au cours de la discussion et de présenter de nouveaux arguments en réponse²⁰³⁹. Il faut ici noter que ce schéma théorique ne trouve sa cohérence que lorsque les observations sont émises directement devant l'administration ou devant le responsable du projet, seul capable de revoir sa copie. Lorsqu'elles sont émises devant un tiers garant²⁰⁴⁰, cet intérêt de l'oralité s'en retrouve incontestablement relativisé, puisque le

²⁰³⁴ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 28.

²⁰³⁵ *Idem.*

²⁰³⁶ *Idem.*

²⁰³⁷ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 465 ; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 48.

²⁰³⁸ S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*, p. 13 s.

²⁰³⁹ M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », *op. cit.*, p. 505.

²⁰⁴⁰ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

tiers garant n'est pas chargé de l'instruction du projet soumis à la procédure et de son autorisation ou approbation.

375. L'oralité dispose d'un autre atout indéniable lorsqu'il s'agit d'envisager l'échange, non plus avec l'administration ou le responsable du projet, mais entre les différents participant à la procédure lorsqu'ils sont réunis dans un même lieu, qu'il s'agisse des membres d'un organe collégial ou du public lors d'une réunion publique. Les échanges oraux permettent aux participants de confronter leurs points de vue et, éventuellement, de se convaincre mutuellement. Ils sont ensuite et surtout de nature à faire naître une réflexion collective propre à nourrir un projet. C'est le sens même de l'administration délibérative. Pour B. Manin, la délibération se définit comme un « *processus au cours duquel les membres de la collectivité communiquent entre eux avant de parvenir à une décision* »²⁰⁴¹, ce qui implique qu'ils recourent à des arguments, « *c'est-à-dire des propositions visant à convaincre les auditeurs en vertu de leur validité intrinsèque* »²⁰⁴². Cet aspect est particulièrement important lorsque l'on envisage l'intérêt de l'organisation d'une réunion publique ou de la consultation d'un organisme collégial, pour lesquels deux schémas s'opposent. Le plus souvent, l'administration ne fait pas appel à cette forme d'intelligence collective car elle se limite à une information des participants sur un projet déjà arrêté. Plus motivantes pour le citoyen, et plus pertinentes pour l'instruction d'un projet, constituent les réunions dont l'objet est de laisser aux participants de soin d'exprimer la vision qu'ils ont d'un projet dont seuls les grands objectifs sont définis. Cette modalité de participation est d'autant plus aisée que les participants sont peu nombreux. Au-delà d'une dizaine de personnes, les échanges constructifs restent difficiles à organiser sans tomber dans la succession de prises de parole solitaires. La prise de parole sera elle-même rendue plus difficile pour les individus peu à l'aise pour s'exprimer en public. Pour y parer, la pratique consiste à diviser les participants en petits groupes de discussion, idéalement répartis par tirage au sort, avant une phase de synthèse à l'ensemble des participants par l'intermédiaire d'un rapporteur pour chaque groupe²⁰⁴³. Dans son ensemble, ce second schéma correspond en réalité à la définition même que ce que devrait être une concertation, c'est-à-dire une participation avant l'arrêt d'un projet. Il s'agit alors pour l'administration de nourrir

²⁰⁴¹ B. MANIN, « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁴² *Ibid.*, p. 86.

²⁰⁴³ Voir *supra*, n° 220.

l'instruction de ses projets, en faisant remonter des idées ou des remarques, permettant d'arrêter un projet qui sera ensuite de nouveau soumis à une phase de consultation plus classique. Cette technique participative tend à se développer, mais rien ne l'impose juridiquement ; elle serait d'ailleurs difficile à codifier au regard du droit à l'information préalable. En pareille hypothèse, le contenu de l'information relative au projet ne peut être identifié, puisqu'il s'agit justement de le construire. Le droit de la participation n'a pas nécessairement à entrer dans ce niveau de détail qui peut rester l'apanage des organisateurs du processus participatif.

Pour garantir l'échange entre les participants par écrit, il est nécessaire que le droit organise une procédure formalisée. Il peut s'agir d'assurer la publicité des observations émises au cours d'une procédure de participation du public ou lors d'une procédure contradictoire. Cette situation peut se présenter lorsqu'il revient à une autorité administrative indépendante de trancher un litige opposant deux parties. En vertu du droit à l'information préalable applicable à la procédure contradictoire, l'autorité doit alors communiquer à la partie défenderesse les moyens émis par la partie demanderesse, et inversement, comme le ferait un juge dans le cadre du volet civil du droit au procès équitable. Un débat écrit peut alors s'installer entre les parties.

2) *L'écrit offrant davantage de garanties pour la construction et la prise en compte de l'argumentation que l'oralité*

376. Lorsqu'il s'agit d'apprécier les garanties offertes au citoyen, l'écrit peut cette fois-ci s'imposer sur l'oralité.

Il permet d'abord au citoyen de développer plus rigoureusement les moyens qu'il souhaite adresser à l'administration par l'intermédiaire d'une argumentation construite et organisée. Il permet de détailler un raisonnement sur un ensemble de points souhaités, sans autre contrainte temporelle que le temps accordé pour transmettre les observations. L'oralité fait courir au citoyen le risque d'avoir, en face de lui, une administration qui ne fera pas preuve d'un degré d'écoute suffisant et qui souhaitera orienter les échanges dans le sens qu'elle aura choisi. Le citoyen a ainsi davantage de risques d'être désorienté à l'oral qu'à l'écrit.

Spécialement face à un auditoire, un décideur aura facilement tendance à manifester son « *art d'avoir toujours raison* »²⁰⁴⁴.

Ensuite, la présentation d'observations écrites offre une meilleure « traçabilité ». Comme l'évoque D. Maillard Desgrées du Loû, à propos de la procédure contradictoire, « *ce que l'intéressé a produit doit pouvoir être joint au dossier de l'autorité compétente pour décider* »²⁰⁴⁵, ce qui est plus aisé lorsque les observations ont été émises par écrit que dans le cadre d'une défense orale. Avec l'écrit, « *l'autorité ne peut nier que les griefs ont été contestés en temps utile sur tel point précis* »²⁰⁴⁶. Dès lors, pour les observations orales, il « *faudrait au moins que l'administration rédige un procès-verbal d'audition à la demande de la personne entendue* »²⁰⁴⁷, pour la procédure contradictoire, ou un compte-rendu détaillé d'une réunion dans le cadre d'un autre instrument participatif, même si rien ne l'impose réellement en dehors de réglementations spécifiques.

Enfin, l'intérêt de l'écrit réside dans la faculté automatiquement octroyée au citoyen de se faire assister par un représentant de son choix ou de pouvoir présenter des témoins à l'appui de son argumentation. En matière d'écrit, il n'est nul besoin de reconnaître formellement au participant ces deux droits. Tout un chacun reste libre, selon ses facultés, de faire appel à des soutiens extérieurs pour développer son argumentation écrite. Le choix du citoyen s'imposera *de facto* à l'administration. Dans le cadre d'une présentation orale des observations, cette garantie reste conditionnelle. Il faut alors distinguer les situations permettant au citoyen de présenter oralement ses observations. Lorsqu'il s'agit d'une réunion publique ou d'une permanence, la règle s'applique également d'office, puisque la parole est par nature libre et ouverte à tous, dans des limites fixées par les organisateurs. Chaque participant éventuel pourra faire intervenir un tel soutien extérieur. Inversement, lorsqu'il s'agit d'une réunion fermée, lors d'une procédure contradictoire, il faut que les textes organisent juridiquement ce droit individuel au soutien extérieur. Cela nous invite à étudier les modalités de mise en œuvre de l'oralité et de l'écrit au sein du régime juridique des différents instruments participatifs.

²⁰⁴⁴ A. SCHOPENHAUER, *L'art d'avoir toujours raison*, 1864.

²⁰⁴⁵ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 185 ; CE, sect., 22 novembre 1946, Maugain, *Rec.*, p. 278.

²⁰⁴⁶ M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », op. cit.

²⁰⁴⁷ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 48.

B – La complémentarité entre l’oralité et l’écrit pas toujours assurée

377. La mise en œuvre de la complémentarité entre l’oralité et l’écrit s’est essentiellement fait ressentir dans les procédures participatives invitant le citoyen à présenter ses observations. C’est l’intérêt d’une procédure contradictoire et d’une procédure de participation du public que d’organiser un échange. Or, si la complémentarité est assurée pour la première (1), elle ne l’est pas toujours pour la seconde (2). Pour les processus participatifs conduisant à l’expression d’un vote, la question qui se pose n’est pas tant celle des formes de la discussion préalable que celle de son existence même (3).

1) Une complémentarité assurée au sein des procédures contradictoires

378. Classiquement, le principe général des droits de la défense n’offre pas à l’intéressé un droit au cumul des observations orales et écrites. Il n’y a d’ailleurs aucune règle de principe en la matière. Comme l’évoque D. Maillard Desgrées du Loû, « *dans la généralité des cas, la défense est (...) suffisamment assurée par la production d’observations écrites, mais l’écrit lui-même n’est pas obligatoire* »²⁰⁴⁸. En effet, le droit positif laisse à l’administration le soin de déterminer la façon dont elle souhaite procéder. Si elle l’estime opportune, l’administration pourra opter pour une procédure écrite ou orale²⁰⁴⁹, et rejeter le mode d’organisation qui lui paraîtra le plus contraignant²⁰⁵⁰. Si cette faculté pour l’administration de choisir la forme d’émission du point de vue demeure, en raison de la subsistance du principe général des droits de la défense²⁰⁵¹, elle a été largement remise en cause dans le cadre des sources écrites de la procédure contradictoire dont la place est désormais prééminente.

En vertu des sources écrites de la procédure contradictoire²⁰⁵², les citoyens intéressés disposent cumulativement du droit de présenter par écrit et oralement leurs observations, même

²⁰⁴⁸ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l’administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 185.

²⁰⁴⁹ G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l’administration active », *op. cit.*, p. 124.

²⁰⁵⁰ O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *op. cit.*, p. 633.

²⁰⁵¹ Voir *supra*, n° 53 et 56.

²⁰⁵² D’autres textes spécifiques prévoient également ce cumul. C’est notamment le cas pour les fonctionnaires poursuivis devant le Conseil de discipline L’intérêt est certain puisque, comme l’ensemble des agents publics, ils sont exclus du champ d’application de la loi du 12 avril 2000. Les autres agents publics demeurent largement

si cette situation ne semblait pas acquise dès le départ. Le décret du 28 novembre 1983 mentionnait, dans son premier alinéa, un droit d'émettre des observations écrites et, dans son alinéa second, un droit d'émettre des observations orales sur demande. Puisqu'il ne précisait pas si les deux procédures étaient cumulatives ou alternatives²⁰⁵³, la doctrine s'était opposée sur cette question. J.-M. Auby estimait qu'elles devaient être alternatives, afin de ne pas trop compliquer la procédure²⁰⁵⁴. Cette position était relayée par le rapport sur la préparation de la mise en œuvre du décret du 28 novembre 1983, rendu par l'Inspection générale de l'administration, selon lequel le décret permettait aux intéressés « *de faire connaître leurs observations par écrit ou oralement* »²⁰⁵⁵. Cependant, c'est leur caractère cumulatif, défendu notamment par P. Delvolvé²⁰⁵⁶, qui va être reconnu par la jurisprudence²⁰⁵⁷. Depuis la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, cet aspect cumulatif est consacré²⁰⁵⁸. Il est prévu que les décisions concernées « *n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales* »²⁰⁵⁹. Un tempérament doit tout de même être relevé, depuis l'ancien article 8 du décret de 1983, puisque « *l'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique* »²⁰⁶⁰. Il s'agit « *de garantir le fonctionnement de l'administration contre les administrés procéduriers. Elle présente toutefois le risque d'une utilisation abusive de la part de l'administration, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui lui est encore une fois laissé* »²⁰⁶¹, même si c'est à l'administration d'apporter la preuve de ce caractère²⁰⁶².

soumis au régime plus restrictif du principe général du droit. Sur ce point : article 3 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État ; article 6 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux ; article 2 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la disciplinaire applicable à la fonction publique hospitalière, *JO*, 9 novembre 1989, p. 13960.

²⁰⁵³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁵⁴ J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *op. cit.*, p. 126.

²⁰⁵⁵ INSPECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION, *Rapport sur la préparation de la mise en œuvre du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers*, *op. cit.*, p. 12 ; cité par B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁵⁶ P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux ; le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers », *RFDA*, 1984, p. 28.

²⁰⁵⁷ CE, 19 janvier 1990, Société française de revues (SFR) et Société des Editions de la fortune, *Rec.*, tables, p. 554 ; *AJDA*, 1990, p. 124 ; chron. E. HONORAT et E. BAPTISTE, p. 93.

²⁰⁵⁸ B. DELAUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *op. cit.*, p. 1226.

²⁰⁵⁹ Article L. 122-1 alinéa 1^{er} du code des relations entre le public et l'administration.

²⁰⁶⁰ Article L. 122-1 alinéa 2 du code des relations entre le public et l'administration.

²⁰⁶¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 46.

²⁰⁶² CE, 29 mars 1996, Cornillau, *Rec.*, p. 105 ; *RFDA*, 1996, p. 622.

Au sein d'une procédure contradictoire, l'oralité ne signifie ici pas nécessairement le droit à une comparution personnelle, c'est-à-dire le droit de se présenter en personne devant l'administration ou le tiers garant. Dans un arrêt « sieur Le Moign »²⁰⁶³ de 1952, le juge administratif avait accepté une audition par téléphone. Comme D. Maillard Desgrées du Loû, on peut estimer que cet arrêt reste d'actualité au regard de procédés modernes tels que la visioconférence²⁰⁶⁴. Néanmoins, il est possible de déduire indirectement un domaine impératif des observations orales présentées directement devant l'autorité administrative, et ce, en étudiant le champ d'application du droit de se faire assister par un conseil ou un mandataire. Il serait en effet incohérent de reconnaître un tel droit, sans donner la possibilité à ce soutien extérieur de se manifester oralement et en personne devant l'autorité administrative ; l'intéressé étant toujours libre de se faire aider par une personne compétente pour rédiger des observations écrites.

379. Historiquement, les intéressés n'avaient en vertu du principe général des droits de la défense aucun droit à l'assistance d'un représentant ou d'un défenseur de leur choix²⁰⁶⁵. Ils avaient simplement la possibilité de solliciter une autorisation de l'autorité administrative, qui pouvait discrétionnairement l'autoriser, la limiter ou la refuser²⁰⁶⁶. Cependant, de multiples sources textuelles sont venues reconnaître un tel droit. L'article 5 de la loi du 31 juillet 1971²⁰⁶⁷, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dispose que « *les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires* ». La notion d'organismes disciplinaires est largement entendue, puisqu'elle peut concerner tant des fonctionnaires poursuivis devant le Conseil de discipline, que des professionnels de santé poursuivis devant un organisme à caractère disciplinaire²⁰⁶⁸. Elle exclut cependant le cas des sanctions non examinées par un organisme collégial, ainsi que le cas des mesures simplement prises en considération de la personne²⁰⁶⁹. En outre, la jurisprudence « Ministre de l'agriculture contre

²⁰⁶³ CE, 5 novembre 1952, sieur Le Moign, *Rec.*, p. 486.

²⁰⁶⁴ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 185.

²⁰⁶⁵ CE, 23 octobre 1931, Arceau, *Rec.*, p. 895.

²⁰⁶⁶ CE, 23 mars 1962, Mast, *D.*, 1962, p. 400, note L. HAMON ; *AJDA*, 1962, I, p. 298, chron. MM. GALABERT et GENTOT.

²⁰⁶⁷ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JO*, 5 janvier 1972, p. 131.

²⁰⁶⁸ CE, 26 juillet 1996, CPAM de Montpellier, *DA*, 1996, n° 498.

²⁰⁶⁹ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op. cit.*, p. 183.

sieur Lacour »²⁰⁷⁰, rendue en 1963, affirme que la règle posée par l'article 6 du règlement d'administration publique du 10 avril 1954²⁰⁷¹, aujourd'hui mentionnée à l'article 5 de la loi du 31 juillet 1971, bien que de portée générale, « *ne souffre d'exception que dans les cas où l'existence de l'avocat est incompatible avec le fonctionnement même de la juridiction ou de l'organisme, ou est exclue par les dispositions statutaires régissant les personnes intéressées* ». À l'instar de la critique formulée par J.-C. Maestre, il est difficile de soutenir que la présence d'un avocat puisse troubler le fonctionnement d'un organisme disciplinaire²⁰⁷². Parallèlement, il est prévu à l'article 6 de cette loi que « *les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires* ». Il en résulte que l'ensemble des administrés dispose, sauf exceptions et lorsque les observations orales sont permises, du droit de se faire assister par un avocat. Parallèlement, lorsque l'article 6 paragraphe 3 c. de la Convention européenne des droits de l'Homme s'applique aux décisions prises par des autorités administratives indépendantes, le droit à l'assistance résulte des exigences du procès équitable. Enfin, depuis le décret du 28 novembre 1983²⁰⁷³, la personne intéressée peut « *se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* » dans le cadre de la procédure contradictoire aujourd'hui régie par les articles L. 121-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.

380. Cependant, la personne intéressée ne dispose juridiquement pas du droit de faire entendre oralement ses témoins, sauf si un texte le prévoit²⁰⁷⁴. Puisqu'on ne peut légitimement pas associer les témoins à des « conseils » ou à des « mandataires », l'administration dispose en la matière d'une large liberté pour accepter ou non l'éventuelle requête de l'intéressé²⁰⁷⁵. Cette solution s'avère critiquable notamment dans l'hypothèse où ce moyen de preuve permettrait de prouver « *des faits importants pour l'affaire [qui] ne seraient précisément pas évidents et pourraient être contestés par des témoins* »²⁰⁷⁶. L'intéressé se trouve dans une

²⁰⁷⁰ CE, 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture c/ sieur Lacour, D.*, 1964, p. 492, note J.-C. MAESTRE.

²⁰⁷¹ Décret n° 54-406 du 10 avril 1954, RAP pour l'application de la loi n° 54390 du 8 avril 1954 sur la profession d'avocat et la discipline du barreau, *JO*, 11 avril 1954, p. 3494.

²⁰⁷² J.-C. MAESTRE, note sous CE, 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture contre sieur Lacour et Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne* (2 arrêts), *op. cit.*, p. 496.

²⁰⁷³ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, *JO*, 3 décembre 1983, p. 3492.

²⁰⁷⁴ CE, 21 octobre 1931, *sieur Lota, Rec.*, p. 886 ; CE, 10 janvier 1947, *Bazy, Rec.*, p. 14.

²⁰⁷⁵ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 414 ; R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 109.

²⁰⁷⁶ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 109.

position d'infériorité vis-à-vis de l'administration, puisque cette dernière peut entendre tous les témoins qu'elle souhaite pour conforter sa propre position. Elle n'est pas tenue de confronter l'intéressé aux témoins qu'elle entend²⁰⁷⁷. Cette inégalité est tempérée lorsque les exigences du procès équitable trouvent à s'appliquer. En effet, selon l'article 6 paragraphe 3 c. de la Convention européenne, l'intéressé dispose du droit d'« *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». Il s'agit là du seul support juridique qui a vocation à s'appliquer aux citoyens en l'absence de précision dans le code des relations entre le public et l'administration. En la matière, les citoyens ne bénéficient pas du régime ponctuellement plus favorable des agents publics. Si les dispositions générales de la fonction publique n'ouvrent pas la faculté de présenter des témoins, une telle hypothèse est cependant consacrée au profit des fonctionnaires faisant l'objet de poursuites disciplinaires devant le Conseil de discipline²⁰⁷⁸. Mais deux limites sont fixées afin de garantir un caractère « *raisonnable* »²⁰⁷⁹ à ce droit. En premier lieu, la présentation de témoins n'est pas reconnue si les citations sont inspirées du « *désir de créer un trouble ou de nature à désorganiser un service et que la comparution personnelle de certains personnalités n'ajouterait rien à la défense de l'intéressé* »²⁰⁸⁰. En second lieu, excepté le cas de l'enquêteur chargé par le Conseil de discipline, ce dernier a un pouvoir d'appréciation pour arrêter la liste des témoins²⁰⁸¹. Lorsque ce droit est ouvert, on peut estimer, comme R. Hostiou, que « *ce que l'on peut exiger de l'administration c'est, d'une part, qu'elle ne s'oppose pas à la comparution personnelle d'un nombre raisonnable de témoins, parmi lesquels tous ceux dont la déposition présente un intérêt direct pour la défense d'autre part, qu'elle verse au dossier les déclarations de tous les témoins cités et en particulier de ceux qu'elle n'envisage pas de faire comparaître en personne* »²⁰⁸². Cette faculté pour la personne

²⁰⁷⁷ CE, 2 février 1949, Bardèche, *Rec.*, p. 45. Un conseil de discipline ne peut toutefois pas entendre ces témoins « *sans avoir mis en mesure l'agent intéressé d'assister à leur audition* », CE, 7 mars 2005, n° 251137 ; *AJDA*, 2005, p. 966.

²⁰⁷⁸ Article 3 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État ; Article 6 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux ; Article 2 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable à la fonction publique hospitalière.

²⁰⁷⁹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁸⁰ *Idem.*

²⁰⁸¹ CE, 10 juillet 1963, Hôpital Hospice « George Renon », *RDP*, 1964, p. 451, note M. WALINE ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 415.

²⁰⁸² R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 110.

intéressée de présenter des témoins mériterait d'être systématisée au sein de la procédure contradictoire lorsqu'elle se concrétise par l'émission d'observations orales.

2) *Une complémentarité non nécessairement assurée au sein des procédures de participation du public*

381. Au sein des procédures de participation du public, en l'absence de solution unique, il faut constater que le citoyen peut être amené à disposer de la faculté de présenter ses observations à l'écrit ou oralement parfois tantôt de façon cumulative (a), tantôt de façon alternative, lorsque peut suffire l'écrit (b) ou l'oralité (c). Ce constat ne doit pas faire oublier que la pratique peut être plus riche et diversifiée que ce que le droit positif prévoit.

a) *Un cumul uniquement garanti pour l'enquête publique environnementale et le débat public*

382. L'enquête publique environnementale constitue le premier instrument participatif de nature à garantir juridiquement au citoyen la faculté de présenter cumulativement des observations à l'écrit et oralement. Lors d'une telle enquête publique, le public dispose de plusieurs moyens pour déposer ses observations²⁰⁸³. L'écrit est toujours possible, que ce soit par correspondance au commissaire enquêteur ou au président de la commission d'enquête, au lieu fixé par l'arrêté d'ouverture de l'enquête, ou sur le registre d'enquête déposé dans un ou plusieurs lieux publics, aux jours et heures prévus à cet effet²⁰⁸⁴. En outre, le public peut présenter ses observations directement devant le commissaire enquêteur ou un membre de la commission d'enquête, à l'écrit mais aussi oralement. Il est en effet prévu que « *les observations écrites et orales du public sont également reçues par le commissaire enquêteur ou par un membre de la commission d'enquête, aux lieux, jours et heures qui auront été fixés et annoncés (...)* »²⁰⁸⁵. Le commissaire enquêteur ou un membre de la commission d'enquête doit

²⁰⁸³ Articles L. 123-13, R. 123-9 et R. 123-13 du code de l'environnement.

²⁰⁸⁴ Il s'agit de l'ensemble des lieux où est tenu le dossier d'information complet ou un dossier sommaire.

²⁰⁸⁵ Article R. 123-13 du code de l'environnement.

alors se tenir à disposition du public dans les conditions déterminées par l'arrêté d'ouverture d'enquête qui doit fixer « *les lieux, jours et heures où le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête, représentée par un ou plusieurs de ses membres, se tiendra à la disposition du public pour recevoir ses observations* »²⁰⁸⁶.

La possibilité de présenter oralement des observations est également rendue possible dans deux autres hypothèses, même s'il n'en résulte aucun droit qui puisse être revendiqué individuellement. C'est d'abord le cas lorsque le commissaire enquêteur, ou le président de la commission d'enquête, use de l'une de ses prérogatives²⁰⁸⁷. Il « *peut (...) entendre toutes les personnes concernées par le projet, plan ou programme qui en font la demande et convoquer toutes les personnes dont il juge l'audition utile* »²⁰⁸⁸. Cette faculté pour le commissaire enquêteur ne constitue pas un droit pour toute personne qui en ferait la demande. Ensuite, le public peut être amené à présenter oralement ses observations lorsqu'une réunion publique est organisée. Elle peut l'être sur décision du commissaire enquêteur ou du président de la commission d'enquête. Il peut en effet « *organiser, sous sa présidence, toute réunion d'information et d'échange avec le public en présence du maître d'ouvrage* »²⁰⁸⁹. L'organisation de réunions publiques peut aussi être décidée par l'autorité compétente pour ouvrir l'enquête dès le stade de l'arrêté d'ouverture²⁰⁹⁰.

383. Le débat public constitue la seconde procédure garantissant ce droit au cumul des observations écrites et orales, même si le régime n'est pas déterminé par les dispositions du code de l'environnement. Ce dernier renvoie cette tâche à l'organisateur du débat, c'est-à-dire une commission particulière issue de la Commission nationale du débat public chargée d'en définir les modalités d'organisation. Cette garantie du cumul des observations écrites et orales ressort uniquement de la pratique de la Commission nationale du débat public, qui le prévoit systématiquement. Sur son site Internet, il est prévu que « *tous les citoyens peuvent confronter leurs opinions au maître d'ouvrage et lui poser des questions, soit lors des réunions publiques, soit sur Internet. Le débat public peut également se déplacer dans des lieux publics (marchés, festivals, événements ponctuels) ou s'inviter dans les collèges et lycées. C'est alors l'occasion*

²⁰⁸⁶ Article R. 123-9 5° du code de l'environnement.

²⁰⁸⁷ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

²⁰⁸⁸ Article L. 123-13 du code de l'environnement.

²⁰⁸⁹ Article L. 123-13 du code de l'environnement.

²⁰⁹⁰ Article R. 123-9 du code de l'environnement.

*pour tous d'en comprendre le fonctionnement, de s'informer sur le projet débattu et de donner son avis »*²⁰⁹¹. Dès lors, les modalités d'émissions des observations sont toujours permises de façon orale lors de la tenue des différentes réunions publiques sur le territoire concerné par le projet. Pour la Commission nationale du débat public, « *les débats publics comprennent généralement une dizaine de réunions publiques, mais ce nombre peut varier en fonction de l'importance du projet ou de la longueur du linéaire dans le cas de projets d'infrastructures de voies (routières ou ferrées)* »²⁰⁹². En outre, « *assister à une réunion publique, c'est se placer au cœur du débat, en public et avec le public. Le lieu et le moment sont parfaitement adaptés pour recueillir des informations, poser ses questions, exprimer son avis, confronter ses points de vue. Ouvertes à tous, les réunions publiques offrent une liberté de parole totale, dans le respect de chacun, et sont enrichissantes pour tous, maître d'ouvrage comme citoyens. Elles peuvent prendre la forme de tables rondes thématiques qui donnent la priorité à une problématique particulière afin qu'elle soit approfondie avec des intervenants extérieurs pour nourrir les réflexions du public. Des ateliers thématiques ou techniques peuvent venir les compléter, ainsi que des réunions de proximité (pour présenter le projet de façon complète et approfondie, au plus près des préoccupations). C'est la commission particulière qui définit les formats le plus appropriés au sujet du projet et au territoire concerné* »²⁰⁹³. Durant ces réunions publiques, des documents écrits peuvent tout à fait être transmis. La charte de la modération²⁰⁹⁴ prévoit de son côté que le public peut transmettre ses messages par courrier postal à la commission particulière du débat. Enfin, l'écrit est aussi systématiquement présent par l'usage des questionnaires et surtout la mise en place de moyens permettant l'expression électronique du point de vue.

b) Les hypothèses de suffisance de l'écrit

384. Dans le cadre des enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration, si la place de l'écrit est assurée par la faculté de

²⁰⁹¹ <https://www.debatpublic.fr/comment-ca-marche>.

²⁰⁹² *Idem.*

²⁰⁹³ *Idem.*

²⁰⁹⁴ Charte de modération et d'animation du portail Internet www.debatpublic.fr.

présenter des observations sur un registre ou par correspondance²⁰⁹⁵, celle de l'oralité n'est jamais acquise. Le public peut déposer ses observations à l'écrit et surtout oralement devant le commissaire enquêteur, ou un membre de la commission d'enquête, aux lieux, jours et heures fixés dans l'arrêté, uniquement si l'arrêté d'ouverture « *en a disposé ainsi* »²⁰⁹⁶. Il n'est donc pas requis que le commissaire enquêteur se tienne à la disposition du public pour recevoir oralement les observations du public. En outre, si leur recours n'est pas interdit, le cadre juridique applicable à ces enquêtes publiques ne prévoit pas l'hypothèse de l'organisation de réunions publiques. Le commissaire enquêteur, ou le président de la commission d'enquête, ne peut donc pas l'imposer.

385. Cette situation où le caractère écrit des observations est suffisant se présente logiquement dans le cadre des consultations organisées uniquement sur Internet, que ce soit dans le cadre du dispositif de la consultation ouverte sur Internet en vertu des dispositions du code des relations entre le public et l'administration ou de la procédure de consultation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement. À ce stade, cet instrument participatif ne mérite pas de développement spécifique, car il s'insère davantage dans le thème du développement de l'émission électronique des observations. Toutefois, il faut relever que rien n'interdit à l'administration d'organiser simultanément et en dehors de tout cadre juridique d'autres modalités permettant au public de présenter ses observations par écrit, par voie de correspondances postales, voire par oral, telles que des réunions fermées ou publiques. Il est toutefois normal que ces hypothèses ne soient pas prévues par le droit positif, car la philosophie du dispositif reste bien de se passer de l'organisation de telles formes en centralisant le processus sur l'outil Internet. Et lorsque le projet a une portée strictement nationale, on ne voit d'ailleurs pas comment une ou plusieurs réunions publiques organisées dans quelques lieux centraux pourraient permettre d'impliquer des citoyens.

386. Ce schéma de la suffisance de l'écrit s'impose enfin juridiquement dans le cadre des procédures de concertation.

²⁰⁹⁵ Article R. 112-17 du code de l'expropriation ; article R. 134-24 du code des relations entre le public et l'administration.

²⁰⁹⁶ *Idem.*

Cette question s'est d'abord posée lorsque l'organisation d'une phase de concertation avec le public est imposée en vertu de l'article L. 103-2 du code de l'urbanisme. En l'absence de dispositions législatives et réglementaires définissant avec précision les modalités de la concertation, la jurisprudence a été amenée à préciser ce second volet du diptyque « information préalable – émission des observations ».

Jusqu'en 2013, la jurisprudence administrative acceptait le caractère alternatif de l'émission écrite ou orale des observations. Le juge laissait ainsi l'organisateur libre de définir les modalités de la concertation. Plusieurs jurisprudences l'illustrent. Le Conseil d'État a en effet considéré comme suffisantes des concertations qui se caractérisaient uniquement par l'ouverture en mairie d'un registre permettant le recueil par voie écrite des observations du public sans organisation d'une réunion publique²⁰⁹⁷. La haute juridiction administrative a aussi logiquement été amenée à valider des concertations plus abouties constituées d'une exposition publique ou d'une réunion publique accompagnée d'un registre d'observations déposé en mairie²⁰⁹⁸. Le juge administratif a pu estimer que les modalités d'émission du point de vue pouvaient être organisées selon les règles de l'enquête publique ; il a en effet considéré comme légale des concertations se caractérisant d'abord par la mise en place d'une exposition publique²⁰⁹⁹ ou de plusieurs réunions publiques²¹⁰⁰, elles-mêmes suivies d'une enquête publique organisée à titre facultatif. L'enquête publique ayant un caractère plus abouti, il était alors certain que la concertation était substantiellement respectée en vertu de l'adage selon lequel « qui peut le plus, peut le moins ». Enfin, dans d'autres hypothèses, le juge administratif a validé des dispositifs permettant au public de s'exprimer uniquement par voie orale lors de réunions publiques, sans mise à disposition d'un registre permettant le recueil d'observations écrites. Les collectivités locales avaient d'ailleurs souvent tendance à limiter le plus souvent la concertation à des réunions de comités consultatifs ou groupes de travail prévus à cet effet, pour suivre l'évolution du projet, suivies de réunions publiques, lorsque l'économie générale du projet est stabilisée. Dans ce cadre, les administrations n'organisaient pas spécifiquement de dispositifs permettant le recueil des observations écrites du public. Dans ces hypothèses, le juge administratif n'invalidait pas le dispositif mis en place. Par exemple, par un arrêt du 10

²⁰⁹⁷ CE, 13 mars 1992, n° 122786, Commune de Savenay.

²⁰⁹⁸ CE, 28 juillet 1993, n° 130566, Ministre de l'équipement contre Perrin.

²⁰⁹⁹ CE, 5 octobre 1990, n° 101698, Association de défense des propriétaires, commerçants, industriels, artisans et occupants et de participation des propriétaires du secteur n° 9 des ZAD de Levallois, *Rec.*, tables., p. 1050 ; *DA*, 1990, n° 564 ; *RDI*, 1991, p. 197.

²¹⁰⁰ CE, 4 janvier 1995, n° 117761, Ville de Paris, *Rec.*, tables, p. 1084.

décembre 1993²¹⁰¹, lors d'un nouvel examen d'un projet de création de zone d'aménagement concerté, le Conseil d'État a retenu comme suffisante l'organisation de deux réunions publiques, sans mise à disposition d'un registre d'observations. Il en a jugé pareillement, le 30 décembre 1998²¹⁰², lors de l'examen d'un projet de création de gare obligatoirement soumis à enquête publique, en retenant comme suffisante une concertation préalable constituée de la seule tenue d'une réunion et d'expositions publiques, sans qu'un registre ait été mis à disposition du public. Dès lors, le Conseil d'État rendait alternatives les formes écrite et orale d'émission des observations ; chacune étant par elle-même suffisante.

Or, depuis l'ordonnance du 5 janvier 2012²¹⁰³, l'article L. 103-4 du code de l'urbanisme prévoit que « *les modalités de la concertation permettent, (...) selon des moyens adaptés au regard de l'importance et des caractéristiques du projet, au public d'accéder aux informations (...) et de formuler des observations et propositions qui sont enregistrées et conservées par l'autorité compétente* ». Dès lors, si des réunions publiques peuvent tout à fait être organisées, elles ne sont pas suffisantes pour satisfaire au principe de participation du public. Il faut qu'un dispositif soit mis en place pour recevoir les observations écrites du public, avant qu'elles soient enregistrées et conservées. Avant même l'entrée en vigueur de ce dispositif, un arrêt « Association Vent de Vérité », rendu le 13 juin 2013 par la Cour administrative d'appel de Paris²¹⁰⁴, a censuré l'absence d'un dispositif permettant le dépôt écrit des observations. Dans cette affaire concernant l'aménagement d'un parc éolien, alors qu'avaient été organisées une réunion publique à laquelle avaient participé plus de 100 personnes et une visite par des riverains, le juge administratif a considéré « *qu'il ne ressort toutefois pas des pièces du dossier et n'est d'ailleurs pas allégué que ces réunions et cette visite, dont il n'est pas établi que toutes les personnes concernées auraient été informées, étaient de nature à associer effectivement le public à l'élaboration de ce projet, dès lors qu'il n'a été justifié de la mise en place d'aucun dispositif, tel que, par exemple, un registre d'observations, lui permettant de faire valoir ses remarques et éventuelles propositions ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que l'arrêté attaqué a été pris en méconnaissance du principe de participation du public prévu*

²¹⁰¹ CE, 10 décembre 1993, n° 134235 Association pour l'aménagement de la ZAC de Dupleix, *Rec.*, p. 360 ; *D.*, 1994, somm. 107, obs. H. CHARLES ; *RDI*, 1994, p. 39 ; *BJDU*, mars 1994, n° 2, p. 53, conclusions G. LE CHATELIER ; dans le même sens, voir CE, 3 septembre 1997, n° 171916, Lamy.

²¹⁰² CE, 30 décembre 1998, n° 191480, Association de défense du site Reator et son environnement, *RDI*, 1999, p. 71, note HUBERT ; *Constr.-Urb.*, 1999, n° 156, note LARRALDE ; *AFDUH*, 2000, p. 212.

²¹⁰³ Ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012 portant clarification et simplification des procédures d'élaboration, de modification et de révision des documents d'urbanisme, *JO*, n° 0005, 6 janvier 2012, p. 246 (article 6).

²¹⁰⁴ CAA Paris, 13 juin 2013, n° 11PA04798, *Association Vent de Vérité*, *AJDA*, 2013, p. 2291 ; *Dr. envir.*, 2013, p. 414.

par les dispositions précitées de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ». Si le dispositif mis en place pour recevoir les observations écrites du public peut tout à fait être un registre d'observations, le juge administratif ne précise pas les autres dispositifs susceptibles de garantir le respect de cette exigence. Pour expliciter les propos du juge, il faut envisager l'émission d'observations écrites par voie postale ou électronique. On ne sait cependant pas si de tels dispositifs pourraient raisonnablement se substituer au traditionnel registre. Désormais, l'écrit semble donc être requis et l'oralité facultative. Cette jurisprudence conduit ainsi à rapprocher la procédure de concertation des enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration.

Cette situation a vocation à s'appliquer également lorsque la concertation est organisée de manière facultative en vertu de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme. Il est précisé que l'autorité compétente met le dossier d'information à la disposition du public « *dans des conditions lui permettant d'en prendre connaissance et de formuler des observations ou propositions. Celles-ci sont enregistrées et conservées* ». Logiquement, la mise à disposition du dossier doit s'accompagner de la mise à disposition d'un registre permettant le recueil des observations ou l'indication d'un moyen pour communiquer ces observations par écrit. L'émission par oral des observations n'est là encore pas une garantie spécifiquement offerte au public.

De même, en vertu de l'article L. 121-16-1 du code de l'environnement, une procédure de concertation préalable doit au moins permettre au public d'adresser ses observations par voie postale ou électronique. Cette mention n'est étonnamment prévue que lorsqu'un garant a été désigné, ce qui constitue la règle sauf dans l'hypothèse où c'est le responsable du projet qui décide de lui-même d'organiser cette concertation. Il serait pourtant utile de prévoir la même mention. L'article L. 121-17 du code de l'environnement permet au responsable du projet de ne pas appliquer l'article L. 121-16-1 et de fixer « *librement* » les modalités de la concertation préalable.

c) Les hypothèses de suffisance de l'oralité

387. Ponctuellement, l'oralité peut suffire dans les procédures de consultation du public régies par le code de l'environnement. En principe, les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du

code de l'environnement imposent l'écrit, puisque les observations du public sont déposées soit « *par voie électronique ou postale* » lorsque le paragraphe II s'applique, soit sur un « *registre* » en cas d'application du paragraphe III pour les communes de moins de 10 000 habitants ou leurs groupements de moins de 30 000 habitants. Le caractère oral de la procédure de consultation n'est alors pas envisagé par le droit positif, même si rien n'interdit à l'autorité compétente d'organiser des réunions fermées ou publiques en dehors de tout cadre juridique. Étonnamment, pour les communes de moins de 2 000 habitants, le paragraphe IV de l'article L. 123-19-1, applicable aux seules décisions non-individuelles, inverse le raisonnement. Dans ces collectivités, la consultation « *peut être organisée dans le cadre d'une réunion publique* », en n'imposant plus l'écrit. Il s'agit de la seule véritable entorse au caractère systématiquement obligatoire de l'écrit en matière de participation citoyenne, et qu'il faut remettre en cause.

Afin de tendre vers l'unification du régime de l'émission des observations au sein des procédures de participation du public, l'écrit devrait être systématiquement prévu par la mise à disposition d'un registre, matérialisé et/ou dématérialisé, et par la faculté de transmettre des observations par voie postale. S'agissant de l'émission des observations par oral, celles-ci devraient être permises *a minima* lors de réunions publiques pour des projets ayant des incidences locales.

Il n'y a guère que lorsqu'une procédure de participation du public est organisée en dehors de tout cadre juridique que l'administration est tout à fait fondée à organiser un processus participatif se limitant soit à l'écrit soit à l'oral. L'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration ne prévoit aucune modalité de mise en œuvre. Logiquement, l'administration reste libre de déterminer ces modalités d'expression du point de vue.

3) *Une place accordée à la discussion préalable à l'émission d'un vote*

388. Lorsque le citoyen est appelé à participer au sein d'un organe collégial ou lors d'un processus référendaire, l'émission du point de vue ne se fait logiquement plus sous la forme d'une observation, mais bien d'un vote. En réalité, ces deux formes ne sont pas toujours si dissociées. La discussion et le vote ne s'excluent pas. Bien au contraire, le vote a vocation à découler de la discussion préalable dans le schéma délibératif.

389. Lors d'un processus référendaire, un vote est nécessairement organisé sous la forme de l'écrit, par l'usage d'un bulletin de vote ou dans certaines hypothèses par recours à des machines à voter²¹⁰⁵. Si le vote par correspondance est toléré dans certains États, cette méthode reste prohibée en France au profit du vote par procuration. Le droit organise une phase de discussion préalable au vote. Cette campagne référendaire est régie par les dispositions du chapitre V du titre Ier du livre Ier du code électoral. La campagne prend alors une forme écrite, par la diffusion de circulaires et l'apposition d'affiches, mais aussi orale, par des présences sur le terrain et l'organisation d'éventuelles réunions publiques. Quand bien même tous les électeurs peuvent mener des actions en toute autonomie, le cadre juridique applicable ne vise cependant que les groupements politiques autorisés à participer à la campagne référendaire, en application de l'article LO 1112-10 du code général des collectivités territoriales²¹⁰⁶. L'intérêt d'identifier ces participants est bien de permettre leur expression, mais surtout d'assurer le financement des dépenses qu'ils auront à effectuer.

Si ces dispositions s'appliquent expressément aux référendums locaux et aux consultations locales des électeurs régies par le code général des collectivités territoriales, rien de tel n'est prévu pour les consultations locales des électeurs régies par le code de l'environnement. Techniquement, le recours aux groupements politiques dont sont issus les membres des organes collégiaux ne peut de toute façon pas trouver de transposition adéquate pour des projets relevant de l'État. La campagne référendaire s'opère alors en dehors du cadre traditionnel des campagnes électorales.

²¹⁰⁵ Sur ce point, voir l'article R. 53 du code électoral.

²¹⁰⁶ Selon cet article, qui dispose « sont habilités à participer à la campagne en vue du référendum, à leur demande, par l'exécutif de la collectivité territoriale ayant décidé d'organiser le scrutin : les groupes d'élus constitués au sein de l'assemblée délibérante dans les conditions prévues par le présent code ; les partis et groupements politiques auxquels ont déclaré se rattacher au moins 5 % des élus de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ayant décidé d'organiser le référendum ; pour un référendum décidé par une commune de moins de 3 500 habitants, les partis et groupements politiques auxquels ont déclaré se rattacher au moins trois candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés lors du dernier renouvellement du conseil municipal ; pour un référendum décidé par un département, les partis et groupements politiques auxquels ont déclaré se rattacher des candidats dont l'addition des voix a atteint au moins 5 % des suffrages exprimés au niveau de l'ensemble des cantons lors du premier tour du renouvellement des conseillers départementaux ; pour un référendum décidé par une région, la collectivité territoriale de Guyane, la collectivité territoriale de Martinique ou une commune de 3 500 habitants et plus, les partis et groupements politiques auxquels ont déclaré se rattacher au moins la moitié des candidats d'une liste ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés lors du premier tour du renouvellement général de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale. Chaque élu ou candidat ne peut se rattacher qu'à un seul parti ou groupement politique ».

390. Cette question de la forme d'émission des observations lors de la phase de discussion préalable d'un projet intéresse davantage les organes collégiaux, puisque la faculté de présenter des observations est ouverte à chaque participant, dans les limites fixées par le président de séance, pour convaincre ses pairs. La phase de vote, gestuelle ou écrite²¹⁰⁷, est classiquement précédée par une phase de discussion préalable permettant un débat oral sur la base des éléments de la note de synthèse et de ses annexes présentés oralement.

Au sein d'un organe collégial décisionnel, cette phase de discussion préalable n'a pas toujours une grande importance. Il s'agit la plupart du temps d'un débat strictement formel sur le projet soumis à approbation permettant à chaque membre de l'organe de poser des questions, de présenter son point de vue et de justifier son vote par anticipation. Il est assez rare que la discussion ait une influence sur le vote de chacun des membres. L'approbation de la décision est le plus souvent acquise dès le départ compte tenu de la fonction des assemblées délibérantes, qui peut se limiter à un rôle de chambre d'enregistrement des décisions portées par l'exécutif. Toutefois, il ne faut pas non plus ignorer les hypothèses dans lesquelles la discussion orale permet l'amendement, le report ou le rejet d'un projet.

Cette phase de discussion préalable permettant à chaque membre d'exprimer ses observations a une importance plus grande, au moins théoriquement, au sein des organes collégiaux consultatifs. Par nature, l'avis à rendre découle directement de ces échanges entre chaque membre et éventuellement avec l'administration. Suite aux échanges, le projet soumis à la consultation de l'organe pourra faire l'objet d'un vote favorable, favorable avec réserve(s), ou défavorable, comme l'envisage l'article R. 133-11 du code des relations entre le public et l'administration, selon lequel « *la commission se prononce à la majorité des voix des membres présents ou représentés. Lorsqu'il a droit de vote, le président a voix prépondérante en cas de partage égal des voix* ». Néanmoins, le juge considère qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières l'imposant explicitement, un vote n'a pas à être systématiquement organisé. Le Conseil d'État a pu affirmer que « *ces dispositions ne sauraient être regardées comme ayant eu pour objet, ou pour effet d'imposer nécessairement qu'un vote*

²¹⁰⁷ Au sien d'un organe collégial, le vote prend souvent une forme orale, voire gestuelle. La manifestation du soutien au projet de décision s'opère dans une logique inversée, puisque la personne chargée de présider se contente de poser ces questions : « Qui ne prend pas part au vote ? Qui s'abstient ? Qui vote contre ? ». Ce n'est que lorsque le résultat est serré que les votes « pour » seront sollicités. D'ailleurs, pour le juge « *l'adoption d'une délibération par un conseil municipal n'est pas subordonnée à l'intervention d'un vote effectif dès lors que l'assentiment de la totalité ou de la majorité des conseillers présents a pu être constaté par le maire ou le président de séance* » (CE, 22 janvier 1960, Fischot, *Rec.*, p. 50). Plus ponctuellement, les votes pourront se réaliser sous la forme de l'écrit par l'usage du bulletin de vote pour respecter une exigence de secret, lorsqu'elle est demandée par certains membres ou lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de personnes.

soit organisé sur chacune des questions soumises à la consultation, mais seulement de préciser les modalités d'un tel vote lorsqu'il est organisé »²¹⁰⁸, lorsque qu'aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impose l'intervention d'un vote formel. Dès lors, aucun droit au vote n'est généralement reconnu aux membres des organes collégiaux consultatifs, qui peuvent être simplement invités à présenter des observations sur un projet dont ils sont informés. Dans ce cas, c'est le compte rendu des débats qui fera office d'avis et qui devra être transmis à l'autorité consultante. Pour que l'avis soit régulièrement rendu, ce document doit rendre compte « de manière détaillée des opinions émises par les différents intervenants lors des débats »²¹⁰⁹. Il en va ainsi quelle que soit la nature de l'organe consultatif concerné, qu'il relève des commissions administratives à caractère consultatif de l'État et de ses établissements publics, mais aussi des comités consultatifs locaux. L'émission d'un avis n'est donc pas nécessairement la manifestation d'une volonté, puisqu'il n'est par principe pas nécessaire qu'une majorité se dégage en faveur ou en défaveur d'un projet²¹¹⁰. Comme l'indique R. Hostiou, « il est clair que l'acte consultatif est un acte d'un type très particulier, dans la mesure où il peut ne contenir aucun "vouloir" propre mais simplement l'expression d'un examen complet et détaillé d'une affaire qui donne à l'autorité compétente connaissance de la position de l'organe consulté, fût-ce la manifestation de divergences profondes et, apparemment, irréductibles »²¹¹¹. Cette faculté pour l'avis de n'exprimer que des prises de position motivées, même divergentes, permet ainsi de rapprocher la consultation restreinte des procédures de participation du public. Afin d'alimenter les débats, l'article R. 133-6 du code des relations entre le public et l'administration dispose que « la commission peut, sur décision de son président, entendre toute personne extérieure dont l'audition est de nature à éclairer ses délibérations. Les personnes ainsi entendues ne participent pas au vote ». S'il le décide, le président de l'organe pourra faire droit à la demande d'un membre, mais rien ne l'y oblige. Ce dispositif applicable aux commissions à caractère consultatif de l'État est transposable à tout organe collégial.

²¹⁰⁸ CE, 8 juillet 2009, n° 317423, Syndicat national C. Justice ; CE, 8 juillet 2009, n° 317937, CGT. Voir aussi CE, 12 novembre 1954, Jammes, *Rec.*, p. 584 ; *AJDA*, 1955, II, p. 354.

²¹⁰⁹ Pour le juge, « la circonstance alléguée selon laquelle le procès-verbal de la consultation n'aurait été approuvé par les membres du conseil que lors d'une séance ultérieure à l'édition du décret est sans incidence sur sa régularité, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers que ce procès-verbal a été remis au gouvernement ainsi mis à même d'en prendre connaissance avant son édition et qu'aucune modification n'a en tout état de cause été apportée à ce document postérieurement à sa transmission ». CE, 8 juillet 2009, n° 317423, Syndicat national C. Justice.

²¹¹⁰ CE, 12 novembre 1954, Jammes, *Rec.*, p. 584 ; *AJDA*, 1955, II, p. 354 : « la circonstance que, sur certains points, une majorité n'ait pu se dégager n'est pas de nature à entraîner l'annulation de l'arrêté attaqué ».

²¹¹¹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 53-54.

Si l'oralité caractérise classiquement les organes collégiaux, le débat et le vote peut exceptionnellement prendre une forme écrite. Dans les faits, rien n'interdit aux membres d'échanger des correspondances préalablement à la réunion de l'organe durant le délai de convocation. Juridiquement, un dispositif de collégialité à distance a été institué en ayant recours à l'outil Internet.

§ 2 – Une approche renouvelée par le développement de l'outil Internet

391. Versant contemporain de la question des formes d'expression du point de vue, la reconnaissance de l'outil Internet a connu un véritable phénomène d'expansion au sein des différents instruments juridiques de la participation citoyenne, spécialement à partir de la fin des années 2000. Quand bien même le recours à l'outil Internet présente un apport certain pour développer la participation citoyenne (A), il n'a, à ce jour pas, encore été généralisé (B).

A – Un apport certain de l'outil Internet pour développer la participation citoyenne

392. L'outil Internet confère à l'écrit²¹¹² des atouts qu'il ne pouvait pas avoir classiquement, à savoir faciliter l'accès au processus participatif (1) et faciliter les échanges (2). Néanmoins, il faut reconnaître qu'il peut aussi compliquer la tâche de l'administration en la contraignant à développer les modalités d'accès à cet outil et à assurer la modération des observations émises.

1) L'outil Internet favorable à l'accès au processus participatif

393. L'outil Internet offre un formidable moyen pour décupler le nombre de participants lors d'une procédure de participation du public portant sur un projet à enjeu important, notamment d'un point de vue économique, social, environnemental, qu'il s'agisse de réformes législatives,

²¹¹² L'outil internet peut aussi être envisagé comme un moyen d'exprimer oralement des observations, spécialement par l'intermédiaire de vidéos.

réglementaires ou de projets. « *Disposant de cet outil au bout de leurs doigts, les citoyens interviennent de manière plus directe, quasi instantanée et peuvent s'affranchir des intermédiaires* »²¹¹³. Lorsqu'ils se sentent concernés par l'objet du processus participatif, l'outil Internet permet au citoyen d'intervenir rapidement, à tout moment et sans avoir besoin de se déplacer. Pour autant, encore faut-il que le projet intéresse le plus grand nombre. Lorsque le projet ne présente pas d'enjeu particulier, l'outil Internet ne va pas permettre un sursaut de participation. Nous avons en effet déjà constaté que nombre de consultations électroniques ne suscitent pas de mobilisation substantielle²¹¹⁴. Pour reprendre l'exemple de l'année 2017, alors que 145 contributions ont été reçues s'agissant de la consultation organisée entre février et mars 2017 au sujet du projet de décret portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes, une seule observation a été recensée lors de la consultation organisée en décembre 2017 et portant sur un projet d'arrêté relatif au régime national de gestion pour la pêche professionnelle de bar européen dans le golfe de Gascogne. Sans enjeu pour le grand public, la participation ne suscite guère de mobilisation, qu'elle soit organisée sur Internet ou selon des modalités classiques.

En outre, les procédures institutionnalisées de participation par voie électronique peuvent subir la concurrence des réseaux sociaux classiques (Facebook, Twitter...) qui accueillent les réactions des internautes sur les projets dont ils ont été informés par ce biais, mais qui n'ont pas nécessairement pris la peine d'utiliser les canaux officiels de communication offerts dans le cadre de la procédure officielle et qui, partant, ne sont pas pris en compte. La faible participation à un processus participatif peut ainsi pour partie résulter de l'utilisation d'autres moyens d'expression par le public.

394. Pour autant, si le développement de l'émission électronique du point de vue contribue à la quantité des points de vue exprimés, se pose toujours la question de l'accès à la procédure et plus spécifiquement à l'outil Internet. La seule reconnaissance de l'outil Internet comme modalité de mise en œuvre de la participation constitue une source de discrimination pour les publics les moins à l'aise avec cet instrument. Cela reste un mode d'intervention adapté à la

²¹¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 115.

²¹¹⁴ Voir *supra*, n° 219.

majeure partie de la population habituée des réseaux sociaux, à l'instantanéité, et aux relations à distance. Ainsi, « *trois facteurs discriminants permettent d'identifier les disparités inhérentes à la "fracture numérique" : la catégorie socioprofessionnelle d'appartenance, sous corrélée au niveau de diplôme, l'âge et la zone géographique d'habitation* »²¹¹⁵. Dans leur baromètre du numérique 2017, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, le Conseil général de l'économie (CGE) et l'Agence du Numérique relèvent que 12 % de la population, soit sept millions d'habitants n'utilisent jamais Internet et que moins de 70 % des Français se sentent compétents pour utiliser un ordinateur, un smartphone ou une tablette²¹¹⁶. Comme nous l'avions déjà évoqué à propos des modalités d'accès à l'information préalable²¹¹⁷, force est de constater que le développement des modes de démocratie électronique ne peut pas raisonnablement se faire en substitution des modes traditionnels d'expression des points de vue, comme le registre papier, le courrier postal, la réunion publique, sauf à organiser des outils d'accompagnement des personnes subissant cette « fracture numérique ». Dans son rapport public 2011, le Conseil d'État avait notamment soulevé cette difficulté en rappelant ses prises de position antérieures dans le cadre de son activité consultative²¹¹⁸. En effet, il s'était d'abord prononcé lors de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 à propos du référendum d'« initiative partagée » en admettant 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 citoyens* »²¹¹⁹. Il avait ensuite estimé, lors d'une demande d'avis sur la possibilité de recourir, à titre expérimental, au vote électronique pour l'élection des représentants des personnes aux commissions administratives paritaires nationales des enseignants du second degré, 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*

²¹¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 121.

²¹¹⁶ <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/barometre-du-numerique/>.

²¹¹⁷ Voir *supra*, n° 357.

²¹¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 116.

²¹¹⁹ *Idem*.

tiers »²¹²⁰. Il faut ici saluer l'innovation apportée par l'ordonnance du 21 avril 2016²¹²¹, dans le cadre de l'accès au dossier d'information d'une consultation locale des électeurs régie par le code de l'environnement, pour laquelle il est prévu que les maires de chaque commune du département concerné « *mettent à la disposition des électeurs un point d'accès à Internet qui permet d'en prendre connaissance* », en mairie et, s'il en existe, dans la mairie annexe de la commune²¹²². Ce dispositif ne trouve cependant aucun dispositif analogue dans les autres procédures participatives de caractère ouvert, alors même que l'outil Internet peut être exclusivement utilisé pour l'émission des observations, ce qui est le cas, nous le verrons, de la procédure de consultation ouverte sur Internet régie par le code des relations entre le public et l'administration et la procédure de participation par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement. On peut cependant aisément comprendre qu'un tel dispositif, s'il était généralisé, impliquerait un droit permanent pour chaque citoyen de disposer d'un accès Internet en mairie au regard de la fréquence des procédures participatives, ce que l'ensemble des municipalités ne sont pas forcément en mesure de garantir. Idéalement, afin d'offrir à chacun des moyens adaptés d'expression écrite de son point de vue, il semblerait intéressant de rendre simplement complémentaire le recours à l'outil Internet vis-à-vis des formes classiques d'émission du point de vue au sein des instruments de participation ouverte en permettant *a minima* l'envoi de correspondances postales, à défaut d'un registre papier.

2) *L'outil Internet favorable aux échanges écrits*

395. Outre la facilité d'accès au processus participatif, l'outil Internet est aussi et surtout un formidable moyen pour nourrir les échanges préalables à l'adoption d'un texte. Alors que l'écrit matérialisé limite la faculté d'échange, l'écrit dématérialisé offre par son caractère instantané, puisqu'il n'aura pas besoin de se déplacer, une faculté pour le citoyen de « contribuer » à différents moments et surtout une faculté de réagir aux observations émises par d'autres citoyens. Toutefois, pour qu'un tel débat soit susceptible de naître, encore faut-il qu'une condition *sine qua non* soit remplie, à savoir le caractère public et accessible des observations émises, que ce soit par recours au forum électronique ou par la diffusion de messages

²¹²⁰ *Idem.*

²¹²¹ Ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0095, 22 avril 2016.

²¹²² Articles L. 123-26 et R. 123-47 du code de l'environnement.

électroniques reçus. Comme l'indique le Conseil d'État, la participation sur Internet « *ne peut se borner à installer un site ou une messagerie. Elle représente une tout autre chose* ». Selon F. Jamay, elle vise « *à améliorer la transparence de la procédure de participation et à renforcer son caractère contradictoire, chacun pouvant accéder en ligne aux observations des autres et y répondre* »²¹²³. Pour B. Delaunay, le forum électronique vise à rendre la participation du public « *plus transparente et efficace et d'instaurer une consultation non seulement verticale, mais aussi horizontale et interactive* »²¹²⁴.

Or, force est de constater que cette exigence est loin d'être généralisée. Lorsque le droit garantit la faculté d'émettre des observations électroniques, il n'organise pas nécessairement la diffusion sur Internet des observations émises afin qu'un débat s'instaure entre les différents intervenants. Cette situation reste exceptionnelle et limitée, nous le verrons, aux seuls dispositifs du débat public, de la concertation régie par le code de l'environnement et de l'enquête publique environnementale.

396. Cette timidité du droit à imposer l'organisation des forums de discussion électroniques peut s'expliquer par l'existence de contraintes nouvelles pesant sur l'administration, et ce à plusieurs niveaux. La participation sur Internet « *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* »²¹²⁵.

Si les échanges permis par l'outil Internet peuvent constituer des « réactions » aux observations émises par d'autres citoyens au regard du projet, l'administration peut aussi être confrontée à de simples discussions entre intervenants ou à des prises de positions de principe dont la teneur dévie substantiellement de la philosophie du dispositif visant à réagir au projet.

²¹²³ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

²¹²⁴ B. DELAUNAY, « La réforme de la participation du public. La loi n° 2012-1460 du 27 déc. 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'art. 7 de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2013, p. 344.

²¹²⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 117.

Le résultat de ces échanges peut être très volumineux, ce qui oblige l'administration à trier entre ce qui est utile et ce qui ne l'est pas pour l'instruction de son projet.

Cet excès de volume s'accompagne parfois d'excès de langage facilité par l'anonymat permis par le recours à Internet. L'administration peut alors être contrainte de solliciter les services de modérateurs pour garantir le caractère cordial des observations publiées sur le forum électronique. À cette fin, les modérateurs peuvent légitimement exercer une forme de censure.

Inversement, les forums électroniques modernes peuvent se limiter à de simples « j'aime – je n'aime pas », que l'on peut analyser comme des avis positifs ou négatifs, sans qu'une justification soit véritablement développée. Alors que des observations sont demandées, les internautes se livrent à un simple vote, de sorte que les observations ne courent plus à l'instruction du projet ou à l'examen de son bilan « coûts-avantages ». Adapté à la recherche d'une légitimation de la décision, en cas de majorité de soutiens exprimés, le forum électronique n'est pas toujours garant de son amélioration. Mais cette expression d'un simple vote électronique peut cependant parfois être recherchée par l'organisateur du processus participatif. Afin de compenser l'impossible vote sur des projets alternatifs par recours au référendum, qui n'autorise d'ailleurs pas le recours au vote électronique, les collectivités locales organisent de plus en plus souvent des procédés de vote par consultation ouverte sur Internet en usant de leur liberté aujourd'hui reconnue en vertu de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration. Tel en a été le cas notamment pour l'élaboration de budgets participatifs dans de nombreuses communes depuis 2014, ou encore lors de la procédure conduisant les régions à proposer de nouvelles appellations à l'État suite à la réforme territoriale de 2015²¹²⁶. Ces exemples réussis de prise en compte par l'administration des souhaits exprimés par les habitants témoignent de l'intérêt de l'outil Internet pour contourner les limites inhérentes aux instruments référendaires, qui n'organisent pas l'émission électronique.

²¹²⁶ Voir *supra*, n° 262.

B – Un outil encore timidement intégré dans les instruments juridiques de la participation citoyenne

397. En droit français, hormis les instruments référendaires, tous les instruments participatifs sont juridiquement compatibles avec l'outil Internet. Comme nous le constatons régulièrement dans notre étude, le droit positif n'organise pas de façon uniforme l'émission électronique du point de vue. En fonction des instruments de participation citoyenne, l'outil Internet n'est pas toujours requis. Il peut tout aussi bien constituer l'unique forme d'émission du point de vue que se cumuler avec des formes plus classiques. Cette diversité s'exprime essentiellement au sein des instruments de participation du public (1), même si l'expression électronique du point de vue s'exprime également dans le cadre de la collégialité à distance (2). La procédure contradictoire ne mérite ici pas de développement spécifique, en ce sens que l'émission écrite des observations peut selon le choix effectué par la personne intéressée, prendre une forme papier ou électronique.

1) La participation du public par voie électronique

398. Alors que l'outil Internet a vocation à développer les procédures de participation du public, le droit positif ne l'organise pas toujours avec la même rigueur. L'expression par voie électronique des observations peut être soit juridiquement organisée en offrant une faculté de discussion entre les participants (a), soit juridiquement organisée sans cette possibilité (b), soit encore non juridiquement organisée (c).

a) Le recours aux observations électroniques avec possibilité de discussion en ligne

399. Alors que les dispositions législatives et réglementaires relatives au débat public restent ici encore silencieuses, la Commission nationale du débat public a développé une pratique exemplaire sur la place de l'outil Internet en systématisant l'échange par voie électronique. Sur son site Internet, la Commission présente les modalités permettant au public de participer au

débat. Outre les multiples réunions publiques, est systématiquement mis en place « *un espace d'expression et d'échange où le public peut poser des questions sur le projet ou sur le débat en lui-même et exprimer son point de vue (espace « Les questions et leurs réponses » et forum ouverts au public dès la première réunion publique) (...) Chacun peut s'inscrire sur le site Internet et exposer librement son opinion et ses arguments, sur tout ou partie du projet ou sur le débat lui-même. On peut également commenter les avis des uns et des autres et entrer ainsi en discussion. Chaque participant s'inscrit dans un fil de discussion et est automatiquement averti par e-mail quand un autre internaute s'exprime* »²¹²⁷. Cette faculté d'échanger par voie électronique concerne tout aussi bien les observations et réponses émises directement sur le site Internet ou par voie postale que les observations et réponses émises lors des réunions publiques, qui font systématiquement l'objet d'un compte rendu synthétique et d'une retranscription intégrale sur le site Internet du débat, ce qui permet d'y réagir *a posteriori*. Parfois même, les réunions publiques sont diffusées en direct sur Internet « *pour permettre à ceux et celles qui ne peuvent s'y rendre de suivre la réunion et de poser des questions* »²¹²⁸. On le voit, dans un débat public, l'outil Internet est utilisé dans toutes ses potentialités afin de faciliter la participation du public.

Mais, comme nous l'avons évoqué, cette facilité d'expression peut entraîner des abus de la part de certaines personnes malveillantes. Pour y parer, la Commission nationale du débat public a adopté une « Charte de modération et d'animation du portail Internet » qui dispose que « *chaque message fait l'objet d'une modération a priori : un modérateur vérifie qu'il respecte la charte de modération avant de le publier sur le site. Le rôle du modérateur est de préserver et garantir la qualité des discussions. Il veille en particulier à ne pas publier les messages jugés inappropriés ou qui ne respectent pas la législation en vigueur. Cela concerne notamment les commentaires, avis, questions et points de vue : qui ne sont pas en relation avec les questions du débat public (hors-sujet) ; dont l'auteur n'a pas précisé son nom, prénom et lieu de résidence, ou dont l'adresse e-mail n'est pas valide ; comportant des attaques, insinuations ou insultes à l'égard d'une organisation ou d'une personne, en particulier si elles sont basées sur la race, les croyances, les origines ethniques ou l'orientation sexuelle ; incluant des propos agressifs, méprisants, obscènes ou à caractère pornographique ; poursuivant des fins commerciales ou publicitaires ; mentionnant des données personnelles (adresses, numéros de téléphone) ; contraires au droit d'auteur, au respect de la vie privée, au droit à l'image ; qui ne*

²¹²⁷ <https://www.debatpublic.fr/comment-ca-marche>.

²¹²⁸ *Idem.*

sont pas suffisamment argumentés ; reproduisant un contenu déjà publié (copier-coller, répétition) Le modérateur se réserve également le droit de ne pas publier un message, de ne publier qu'une partie du message en supprimant les passages estimés inappropriés ou encore d'apporter des modifications mineures (notamment des corrections grammaticales et orthographiques) dans la mesure où ces modifications ne changent pas le sens du message. Le modérateur s'engage, dans les meilleurs délais, à informer par e-mail l'auteur d'un message de sa publication, de son éventuelle modification ou de son refus ». La mise en œuvre de cette charte, comme de toute modération, nécessite des moyens humains importants, puisque tout retard dans le traitement des observations recueillies risquerait de ralentir le débat. C'est le prix à payer pour garantir la sérénité des débats et éviter les dérives constatées au sein des réseaux sociaux classiques. Dès lors, cette charte constitue une source juridique de *soft law* tout à fait exportable dans les autres instruments permettant l'échange par voie électronique.

400. Le premier instrument participatif pour lequel le droit positif requiert l'échange électronique des observations est constitué par l'enquête publique environnementale.

Initialement, à partir de la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010²¹²⁹, l'outil Internet pouvait être mis à disposition du public à titre simplement facultatif et additionnel aux procédés plus classiques d'émission des observations. Il était ainsi prévu que « *dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, la participation du public peut s'effectuer par voie électronique* »²¹³⁰. Les dispositions réglementaires, alors fixées par le décret d'application du 29 décembre 2011²¹³¹, prévoyaient que « *les observations, propositions et contre-propositions peuvent également être adressées (...) le cas échéant, selon les moyens de communication électronique indiqués dans l'arrêté d'ouverture de l'enquête* »²¹³². L'expression « *le cas échéant* » signifiait bien que le recours à Internet restait soumis à la libre volonté de l'administration. Cette faculté se retrouvait dans les dispositions relatives à la composition de l'arrêté d'ouverture de l'enquête, qui devait préciser « *12° Le cas échéant, (...) les moyens offerts au public de communiquer ses observations par voie électronique* »²¹³³. Or, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, le public doit

²¹²⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, n° 0160, 13 juillet 2010, p. 12905 (article 236).

²¹³⁰ Ancienne mouture de l'article L. 123-13 du code de l'environnement.

²¹³¹ Décret n° 2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement, *JO*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22692.

²¹³² Article R. 123-13 du code de l'environnement

²¹³³ Article R. 123-9 du code de l'environnement.

systématiquement se voir offrir un moyen de communiquer électroniquement ses observations. Il est désormais prévu que le public peut faire parvenir ses observations et propositions « *par courrier électronique de façon systématique* »²¹³⁴, ainsi que s'il existe, sur un « *registre dématérialisé* » sur un site Internet dont l'adresse est communiquée au public dans l'avis d'ouverture²¹³⁵.

Cette ordonnance 3 août 2016 a également organisé un dispositif permettant l'échange écrit entre les participants, puisque « *les observations et propositions sont accessibles sur un site Internet (...)* »²¹³⁶, ce qui permet d'utiliser tout le potentiel permis par l'outil Internet²¹³⁷. Compte tenu de la pluralité des supports permettant l'émission des observations, le pouvoir réglementaire en 2017²¹³⁸ a pris soin d'organiser une phase transitoire en limitant dans un premier temps la mise en ligne sur le site Internet de l'enquête aux seules observations émises par voie électronique, avant de l'imposer à compter du 1^{er} mars 2018 aux autres observations et propositions transmises par voie postale et déposées sur les registres papiers. Ce sont ainsi l'ensemble des observations émises par écrit qui peuvent faire l'objet d'un débat sur Internet, au moins par le biais de leur diffusion sur le site Internet de l'enquête, voire par la mise en place d'un registre dématérialisé. Cela ne signifie pas nécessairement qu'un forum de discussion soit mis en place en permettant à chacun de réagir, de commenter, d'apporter des réponses directement aux observations émises. La diffusion des observations écrites sur Internet peut tout à fait se limiter à un simple catalogue de remarques ordonnées temporellement, et donc désordonnées d'un point de vue thématique. Cette publication électronique des observations et remarques offre un mode d'accès aux observations émises par tous les participants plus favorable que dans le cadre des règles classiques de centralisation au siège de l'enquête. Auparavant, les observations transmises par courrier postal ou électronique étaient simplement « *tenues à la disposition du public au siège de l'enquête dans les meilleurs délais* » et « *les observations du public [étaient] consultables et communicables aux frais de la personne qui en fait la demande pendant toute la durée de l'enquête* »²¹³⁹.

²¹³⁴ Nouvelle rédaction de l'article L. 123-13 du code de l'environnement.

²¹³⁵ Nouvelle rédaction de l'article L. 123-10 du code de l'environnement.

²¹³⁶ *Idem.*

²¹³⁷ Article L. 123-13 du code de l'environnement.

²¹³⁸ Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 relatif aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement et modifiant diverses dispositions relatives à l'évaluation environnementale de certains projets, plans et programmes, *JO*, n° 0099, 27 avril 2017, texte n° 6.

²¹³⁹ Article R. 123-13 du code de l'environnement.

Dans ce cadre de l'enquête publique environnementale, il faut tout de même constater que cette faculté offerte au public de prendre connaissance mais surtout de réagir aux observations déjà émises reste partielle. Elle ne peut véritablement pas concerner l'ensemble des observations malgré le caractère en apparence absolu de l'obligation. Les échanges électroniques risquent fort de ne pas prendre en compte les observations émises oralement devant le commissaire enquêteur ou lors d'une réunion publique, car les dispositions législatives et réglementaires n'en imposent malheureusement pas la diffusion.

401. Le second instrument participatif accueillant l'échange électronique est constitué par la concertation préalable régie par le code de l'environnement lorsqu'un garant doit être désigné²¹⁴⁰. Depuis l'ordonnance du 3 août 2016, les observations émises par correspondances postales ou électroniques doivent être publiées sur le site Internet d'une concertation. Cette publication doit logiquement s'organiser durant le temps de la concertation pour permettre l'échange entre les participants. Aucune précision n'est mentionnée dans le cadre d'une concertation décidée par le responsable du projet lui-même, qui est alors libre de fixer les modalités de la concertation préalable. Il serait pourtant nécessaire d'unifier ce régime de la concertation vers le mieux-disant.

b) Le recours aux observations électroniques sans organisation de discussion en ligne

402. Cela reste étonnant, alors même qu'ils ont vocation à être exclusivement organisés électroniquement, les dispositifs de la consultation ouverte sur Internet organisée en vertu des dispositions du code des relations entre le public et l'administration et de la procédure de consultation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement ne garantissent pas au public une faculté d'échanger par voie électronique.

C'est d'abord le cas, depuis leur création par la loi du 17 mai 2011²¹⁴¹, des procédures de consultation ouverte sur Internet, qu'il s'agisse pour l'administration de se passer de la consultation obligatoire d'organismes collégiaux consultatifs, ou pour les administrations de

²¹⁴⁰ Article L. 121-16-1 III du code de l'environnement.

²¹⁴¹ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO*, n° 0115 du 18 mai 2011 p. 8537.

l'État ou de ses établissements publics d'organiser un tel processus participatif à titre purement facultatif, depuis le décret du 8 décembre 2011²¹⁴². L'outil Internet apparaît ici sous un aspect impératif et supplétif aux procédés plus classiques d'émission du point de vue. Dans ces hypothèses, le site « www.vie-publique.fr » accueille directement les observations ou renvoie à l'adresse du site Internet sur lequel le public peut les déposer. Dans le cadre de cet instrument participatif, l'article R. 132-5 du code des relations entre le public et l'administration laisse l'administration libre de préciser dans la décision d'organiser la consultation ouverte sur Internet « *si les observations formulées apparaîtront sur le site choisi pour le déroulement de la consultation* ». En conséquence, le processus peut se limiter au simple envoi d'observations sur l'espace dédié à cette expression, qu'il s'agisse d'un courriel ou d'une rubrique « commentaires et avis » sous les éléments d'informations à destination des citoyens, sans faculté d'échange entre participants. Ce faisant, alors qu'elle s'y substitue, la consultation ouverte sur Internet perd l'intérêt de la collégialité qui aurait pu être retrouvée sous la forme d'un forum de discussion en ligne. Il y aurait là un intérêt à imposer le forum électronique ou au moins la diffusion en ligne des observations émises durant la procédure, d'autant plus que cette procédure n'est jamais obligatoire lorsqu'elle se substitue à la consultation d'organe consultatif.

De la même façon, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, la procédure de participation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, se déroule nécessairement par voie électronique. Selon les termes de cet article, l'autorité compétente n'est pas tenue de mettre à disposition du public un registre dématérialisé, puisqu'il suffit de communiquer « *les coordonnées des autorités (...) auprès desquelles (...) des observations ou questions peuvent être adressées* ». Là encore, l'outil Internet peut se limiter à de classiques correspondances transmises uniquement au responsable du projet. On perd ici l'intérêt de l'enquête publique environnementale et de la faculté de discussion en ligne qui est désormais organisée.

On comprend ainsi qu'en l'absence de tiers garant, chargé d'une mission de modération des messages reçus, le législateur et le pouvoir réglementaire font le choix de ne pas systématiser l'échange en ligne, peut-être compte tenu du risque qu'il fait peser sur la sérénité des débats.

²¹⁴² Décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet, *JO*, n° 0285, 9 décembre 2011, p. 20869 (article 4, alinéa 2, aujourd'hui codifiée à l'article R. 132-10 du code des relations entre le public et l'administration).

403. Cette situation caractérise également les procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement pour lesquelles, depuis la loi du 27 décembre 2012²¹⁴³ et l'ordonnance du 5 août 2013²¹⁴⁴, les observations peuvent en principe être déposées par voie postale ou par voie électronique sur le site « www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr » ou sur un autre site Internet dont le public est tenu informé. Aucun dispositif ne prévoit là encore la publication des observations déposées pour permettre l'échange.

Or, avant le 1^{er} janvier 2017, la publicité des observations sur un site Internet avait été requise dans le cadre des consultations ouvertes organisées en vertu de l'alinéa 5 de l'ex-article L. 120-1 II., devenu L. 121-19-1 du code de l'environnement, c'est-à-dire « *pour les décisions des autorités de l'État, y compris les autorités administratives indépendantes, et des établissements publics de l'État* ». Introduit par un amendement sénatorial, l'article 3 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement²¹⁴⁵, disposait qu'« *à titre expérimental, à compter du 1er avril 2013 et pour une durée de dix-huit mois, dans le cadre des consultations organisées sur certains projets de décrets et d'arrêtés ministériels en application de l'article L. 120-1 du code de l'environnement (...): 1° Les observations du public formulées par voie électronique sont rendues accessibles par voie électronique au fur et à mesure de leur réception et maintenues à la disposition du public pendant la même durée que la synthèse prévue au II du même article L. 120-1 (...). Un décret détermine les domaines dans lesquels les projets de décrets et d'arrêtés ministériels sont soumis à l'expérimentation prévue au présent article (...). Six mois avant le terme de l'expérimentation, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport procédant à son évaluation en vue de décider de sa généralisation, de son adaptation ou de son abandon* ». Le Gouvernement avait souhaité passer par cette étape d'expérimentation, eu égard aux moyens humains et financiers et au besoin de modération des messages²¹⁴⁶. Craignant une charge difficile à supporter, le gouvernement a souhaité, dans le cadre de cette

²¹⁴³ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012, p. 20578 (article 1^{er}).

²¹⁴⁴ Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 6 août 2013, p. 13396.

²¹⁴⁵ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012, p. 20578.

²¹⁴⁶ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

expérimentation, étudier le coût de la généralisation de ce dispositif, qui implique le recrutement de modérateurs, et sa faisabilité pour les collectivités territoriales²¹⁴⁷. À cette fin, le décret du 27 décembre 2013²¹⁴⁸ a identifié des projets de décrets ou d'arrêtés ministériels pris en matière de préservation du patrimoine naturel²¹⁴⁹, de chasse²¹⁵⁰ et d'installations classées²¹⁵¹. L'expérimentation a eu lieu entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} octobre 2014 et a porté sur une vingtaine de projets de décisions. Si la généralisation du dispositif à l'ensemble des décisions des autorités de l'État et de ses établissements publics pouvait sembler soumise à une réforme législative, au regard de la précision selon laquelle « *six mois avant le terme de l'expérimentation, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport procédant à son évaluation en vue de décider de sa généralisation, de son adaptation ou de son abandon* », il ressortait parallèlement de la rédaction de l'article L. 120-1, dès la loi du 27 décembre 2012, que cette généralisation s'imposerait d'office. En effet, cet article est rédigé ainsi : « *pour les décisions des autorités de l'État, y compris les autorités administratives indépendantes, et des établissements publics de l'État, au terme de la période d'expérimentation prévue à l'article 3 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, les observations déposées sur un projet de décision sont accessibles par voie électronique dans les mêmes conditions que le projet de décision* ». Ainsi, à l'issue de cette période d'expérimentation, il est revenu à l'État et ses établissements publics d'organiser des forums électroniques dans lesquels l'ensemble des observations émises étaient visibles de l'ensemble des participants²¹⁵². Pour préciser les modalités de cette exigence, et après avoir été invité à s'exprimer sur l'absence de rédaction du rapport devant être adressé au Parlement, la ministre de l'Environnement indiqua que « *cette disposition, qui répond au souci d'assurer la transparence du processus de consultation, implique que les observations du public soient rendues publiques par voie*

²¹⁴⁷ B. DELAUNAY, « La réforme de la participation du public », *op. cit.*, p. 344.

²¹⁴⁸ Décret n° 2013-1303 du 27 décembre 2013 relatif à l'expérimentation prévue à l'article 3 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, n° 0304, 31 décembre 2013, p. 22346.

²¹⁴⁹ Articles L. 411-1 à L. 411-4 du code de l'environnement

²¹⁵⁰ Articles L. 424-2, R. 424-4, R. 424-9 et R. 424-14 du code de l'environnement

²¹⁵¹ Articles L. 511-2, L. 512-5 et L. 512-7 du code de l'environnement.

²¹⁵² F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.* : « *Il semble ressortir de cette disposition que la publicité des observations sera assurée et donc généralisée, dès le terme de la période d'expérimentation, quels qu'aient été les résultats de l'évaluation ou encore même si celle-ci n'a pas été encore réalisée* ». B. DELAUNAY, « La réforme de la participation du public », *op. cit.*, p. 344 : « *La publicité des observations sera donc de droit sitôt terminée l'expérimentation. Le gouvernement n'était pas favorable à la généralisation des forums interactifs dès la fin de l'expérimentation, mais il ne s'y est finalement pas opposé. Une période d'adaptation est laissée à l'administration* ».

électronique. Il est considéré que cette disposition, qui ne précise pas le moment auquel cette publicité doit intervenir, impose au minimum que les observations soient rendues accessibles en même temps que leur synthèse, afin de permettre au public de s'assurer de la sincérité de celle-ci »²¹⁵³. Les propos de la ministre ne cadraient cependant pas avec la précision selon laquelle les observations sont accessibles « *dans les mêmes conditions que le projet de décision* »²¹⁵⁴, c'est-à-dire durant toute la procédure, « *au fur et à mesure de leur réception et maintenues à la disposition du public pendant la même durée que la synthèse prévue au II du même article L. 120-1* »²¹⁵⁵. Ce n'est d'ailleurs qu'à cette condition que des échanges peuvent véritablement se réaliser. Malheureusement, l'ordonnance du 3 août 2016 a réitéré ce dispositif lors de la recodification de cette procédure.

c) Le recours facultatif aux observations électroniques

404. Au sein de ces mêmes procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, le recours à Internet n'est pas toujours obligatoire, même s'il n'est pas interdit. L'émission électronique des observations est rendue simplement facultative pour les communes de moins de 10 000 habitants et les groupements de moins de 30 000 habitants au profit d'un classique registre d'observations déposé au siège de l'autorité ou, pour les décisions non-individuelles, dans une commune de moins de 2 000 habitants, d'une réunion publique.

En outre, le droit positif n'organise pas la forme électronique de l'expression du point de vue au sein des enquêtes publiques non régies par le code de l'environnement. Depuis le décret du 26 décembre 2014²¹⁵⁶, pour les enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et, depuis le décret du 23 octobre 2015²¹⁵⁷, pour les enquêtes publiques régies par le code des relations entre le public et l'administration, il est simplement prévu que « *les*

²¹⁵³ Réponse de la Ministre de l'écologie et du développement durable, le 24 février 2015, à la question n° 53659 posée par le député Pierre Morel-À-L'Huissier.

²¹⁵⁴ Article L. 120-1 du code de l'environnement.

²¹⁵⁵ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012, p. 20578 (article 3).

²¹⁵⁶ Décret n° 2014-1635 du 26 décembre 2014 relatif à la partie réglementaire du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *JO*, n° 0300, 28 décembre 2014, p. 22598.

²¹⁵⁷ Décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions réglementaires du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19895.

observations peuvent, si l'arrêté (...) le prévoit, être adressées par voie électronique »²¹⁵⁸, ce qui est laissé à la pure discrétion de l'autorité compétente.

Enfin, l'étude des différents cadres juridiques démontre que cet outil Internet n'est pas imposé lorsque les modalités de la participation sont librement déterminées par l'organisateur. Ainsi en va-t-il des procédures organisées en dehors de tout cadre juridique et régies par l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, des procédures de concertation régie par le code de l'urbanisme et nous l'avons vu, de la procédure de concertation régie par l'article L. 121-15-1 et suivants du code de l'environnement lorsqu'elle est librement décidée par le responsable du projet.

Dans ces domaines, une amélioration reste à attendre pour garantir cette faculté d'émettre des observations par voie électronique, au moins par l'indication systématique d'une adresse électronique prévue à cet effet, ce qui est heureusement dans la pratique souvent mis en place par les organisateurs.

2) *La collégialité à distance*

405. En principe, une délibération collégiale suppose « *un examen commun de l'affaire par les membres qui le composent* »²¹⁵⁹. Elle ne peut être remplacée par une consultation séparée de chacun des membres de l'organe concerné²¹⁶⁰ ou organisation représentée²¹⁶¹ par un vote par correspondance²¹⁶², par des échanges téléphoniques entre les membres²¹⁶³. Dès lors, « *tout avis*

²¹⁵⁸ Article R. 112-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et article R. 134-24 du code des relations entre le public et l'administration. En outre, les articles R. 112-12 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et article R. 134-10 du code des relations entre le public et l'administration précise les pouvoirs du préfet en la matière : « *si cela lui paraît approprié, il peut prévoir les moyens offerts aux personnes intéressées afin qu'elles puissent communiquer leurs observations par voie électronique* ».

²¹⁵⁹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 91-92.

²¹⁶⁰ CE, 28 octobre 1936, Indochine, *Rec.*, p. 920 ; CE, 6 mars 1957, Fédération nationale des Syndicats du commerce Ouest-Africain ; CE, 20 novembre 1957, Frenaud, *Rec.*, p. 631 ; CE, 4 mars 1959, Syndicat des Eleveurs de chevaux de sang, *RDP*, 1959, p. 1031 ; CE, 17 mai 1999, n° 196475, Société Smithkline Beecham laboratoires pharmaceutiques, *Rec. tables*, p. 599 ; *RDSS*, 1999, p. 728, obs. A. LAUDE.

²¹⁶¹ CE, 4 février 1955, Vallet, *Rec.*, p. 655 ; CE, 15 juillet 1955, Association des Services médicaux et sociaux du Territoire de Belfort. S. DE SOTO, note sous CE, 10 novembre 1956, Andréani, *RDP*, 1956, p. 376 : la procédure collégiale « *ne doit pas se borner à juxtaposer des représentants des divers syndicats, [elle] doit permettre une discussion* ».

²¹⁶² CE, 21 février 1958, Syndicat départemental des Pharmaciens du Morbihan, *Rec.*, p. 18. Voir G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », op. cit., p. 510.

²¹⁶³ CE, 4 nov. 2002, n° 199351, Alogninouwa, *Rec. tables*, 592-764 ; *AJDA*, 2003, p. 806.

exprimé par ledit conseil sans délibération préalable est contraire à l'institution même de la collégialité »²¹⁶⁴. Or, pour tenir compte des difficultés pour chaque membre de se rendre aux réunions de l'organe, ce qui est d'autant plus vrai que son ressort géographique est grand, le droit positif prévoit depuis quelques années la faculté pour un organe de se réunir à distance, tout en garantissant sa forme collégiale de nature à permettre les échanges.

Dans un premier temps, un décret du 2 novembre 2009²¹⁶⁵ a pu prévoir que le Comité consultatif de gouvernance pour la répartition de la redevance pour pollution diffuse, devenu Comité d'orientation et de suivi du programme national visant à la réduction de l'usage des pesticides dans l'agriculture et à la maîtrise des risques y afférents, 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 ce cas, la délibération n'est valable que si au moins la moitié des membres en exercice ont pris part à la procédure* ».

Ce lieu de la collégialité et de l'échange entre des individus présents autour d'une même table, peut aussi devenir dans certaines circonstances totalement dématérialisé, puisque le droit positif prévoit que la délibération ou l'avis rendu peut résulter d'une discussion et d'un vote organisé uniquement de façon électronique, depuis l'ordonnance du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distances des instances administratives à caractère collégial²¹⁶⁶, et son décret d'application du 26 décembre 2014²¹⁶⁷. Sont concernées organiquement les autorités administratives au sens de l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, à savoir « *les administrations de l'État (...), les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif* »²¹⁶⁸, à l'exception des organes collégiaux des collectivités territoriales et de leurs groupements, et matériellement, de l'ensemble des délibérations prises dans le cadre d'une procédure de sanction²¹⁶⁹.

²¹⁶⁴ CE, 21 mars 1958, Syndicat départemental des pharmaciens du Morbihan, *Rec.*, p. 186.

²¹⁶⁵ 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, *JO*, n° 0255, 3 novembre 2009, texte n° 25 (article 4).

²¹⁶⁶ Ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, *JO*, n° 0258, 7 novembre 2014, p. 18779.

²¹⁶⁷ Décret n° 2014-1627 du 26 décembre 2014 relatif aux modalités d'organisation des délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, *JO*, n° 0300, 28 décembre 2014, p. 22585.

²¹⁶⁸ Pour les organismes privés chargés de la gestion d'un service public administratif, l'article 1^{er} de l'ordonnance prévoit qu'elle s'applique sauf dispositions particulières des textes les régissant. En outre, ils peuvent décider de recourir aux formes de délibérations collégiales à distance prévues par la présente ordonnance, dans des conditions et selon des modalités précisées par ces autorités et conformément aux règles qui les régissent. L'article 6 prévoit aussi que « *des décrets peuvent, aux fins de bonne administration, prévoir que l'article 3 ne s'applique pas à certaines procédures ou aux collèges des autorités de l'État mentionnées au I de l'article 1^{er}* ».

²¹⁶⁹ Article 5 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014.

Concrètement, sur décision du président du collège²¹⁷⁰, et sous réserve de la préservation du secret du vote, il peut être décidé qu'une délibération sera organisée au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle²¹⁷¹ voire « *par tout procédé assurant l'échange d'écrits transmis par voie électronique permettant un dialogue en ligne ou par messagerie* »²¹⁷². Cette procédure électronique doit être précédée d'une vérification que tous les membres disposent d'un accès à des moyens techniques permettant leur participation effective²¹⁷³. Comme dans tout organe collégial, toute délibération ou avis rendu ne peut être légal que les règles de quorum sont respectées. Il est logiquement prévu que « *la validité des délibérations organisées (...) est subordonnée à la mise en œuvre d'un dispositif permettant l'identification des participants* »²¹⁷⁴. Pour assurer qu'il y ait bien un échange, une discussion préalable entre tous les membres avant la phase du vote, c'est-à-dire « *afin d'assurer un caractère collégial* » de la délibération, il est explicitement prévu que « *les observations émises par chacun des membres sont immédiatement communiquées à l'ensemble des autres membres participants ou leur sont accessibles, de façon qu'ils puissent y répondre pendant le délai prévu pour la délibération* »²¹⁷⁵. Il revient tout de même au président de l'organe la responsabilité d'assurer la police des débats pour éviter les dérives. La délibération se déroule alors en deux temps : un premier temps de discussion préalable suivi d'un temps de vote, dans des délais fixés par le président de l'organe. Pour ce faire, il lui revient de communiquer aux membres de l'organe une série de messages successifs pour chaque délibération ou avis à prendre²¹⁷⁶. Un premier message ouvre la séance et la phase de débat. Un deuxième message qui clôture les débats, est immédiatement suivi d'un troisième message qui ouvre les opérations de vote. Le quatrième et dernier message avise les membres de l'organe des résultats du vote²¹⁷⁷, ce qui leur permet d'apprécier la prise en compte de leurs observations par leurs pairs et de leur vote.

406. L'ensemble des dispositifs proposés par le droit positif démontre que le législateur comme le juge ne sont pas toujours aussi soucieux de garantir un échange de qualité. Dans

²¹⁷⁰ L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 précise qu'un collège doit être composé d'au moins trois membres.

²¹⁷¹ Article 2 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014.

²¹⁷² Article 3 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014.

²¹⁷³ Article 2 du décret n° 2014-1627 du 26 décembre 2014.

²¹⁷⁴ Article 4 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 dispose que « *la validité des délibérations organisées (...) est subordonnée à la mise en œuvre d'un dispositif permettant l'identification des participants* ». Cet article prévoit aussi que doit être respectée « *la confidentialité des débats vis-à-vis des tiers* ».

²¹⁷⁵ Article 3 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014.

²¹⁷⁶ Article 3 alinéa 3 du décret n° 2014-1627 du 26 décembre 2014.

²¹⁷⁷ Article 4 à 6 du décret n° 2014-1627 du 26 décembre 2014.

l'ensemble, le dispositif de la collégialité et celui de la procédure contradictoire apparaissent suffisant pour assurer cet échange. Le membre de l'organe collégial dispose toujours d'une faculté de s'exprimer durant la phase préalable au vote, dans le cadre d'une discussion orale ou électronique. La personne intéressée dispose d'une faculté de présenter ses observations à l'écrit et sur demande à l'oral. Cette question de la qualité de l'échange se pose véritablement vis-à-vis des procédures de participation du public. Par-delà sa diversité, ce modèle devrait pouvoir s'articuler autour d'un dispositif permettant au moins la communication écrite des observations, par courrier postal, par courrier électronique et, éventuellement, sur un registre papier et/ou électronique. En outre, il serait particulièrement utile d'imposer à l'organisateur la mise en place d'un dispositif d'échange entre les participants, par recours à une ou plusieurs réunions publiques et/ou par recours au forum de discussion en ligne. Il pourrait en aller de même lors d'un processus référendaires, alors que le droit positif renvoie à l'ordre des faits l'existence d'un échange préalable durant le temps accordé à l'information et à la préparation du vote.

Section 3 – La diversité du délai utile pour participer

407. Le régime juridique de la participation offre systématiquement au citoyen un délai minimal lui permettant de participer effectivement. Cependant, ce cadre temporel se concrétise selon des modalités distinctes à plusieurs égards. Selon les catégories d'instruments participatifs, ce délai utile ne remplit pas toujours les mêmes fonctions. Il peut permettre au citoyen d'exercer cumulativement ses droits de prendre connaissance de l'information relative au projet et d'émettre ses observations, ce qui est presque toujours le cas lors d'une procédure de participation du public. Il peut aussi servir alternativement à l'exercice de l'un ou l'autre de ces deux droits, ce qui est généralement le cas dans les autres instruments participatifs. Ce qui certain, c'est que le délai utile doit systématiquement permettre au citoyen de préparer l'émission de son point de vue. Parallèlement à cette dichotomie, une autre distinction peut être opérée sur la durée de ce délai utile, qui peut varier assez substantiellement en fonction de chaque instrument participatif. Si on fait abstraction des hypothèses d'urgence, le cadre temporel de la participation du citoyen à la décision administrative va schématiquement d'un jour, au sein des procédures contradictoires, à six mois, pour un débat public, ce qui constitue toutefois des hypothèses extrêmes. Plus généralement, deux standards temporels apparaissent en droit selon que l'information pertinente sur le projet est notifiée aux participants ou

simplement publiée. Dans le cadre des instruments de participation fermée, le citoyen doit souvent se contenter d'un délai pouvant être inférieur à une semaine (§ 1). Les instruments de participation ouverte offrent quant à eux un délai au moins égal à quinze jours (§ 2). Il ne s'agit ici que de garanties minimales imposées par les textes ou par la jurisprudence. La pratique peut s'avérer être plus généreuse.

§ 1 – Un cadre temporel pouvant être inférieur à une semaine pour les processus de participation fermée

408. Pour les procédures de participation restreinte, le cadre temporel peut être assez réduit, compte tenu de la notification à chaque citoyen concerné de l'essentiel de l'information relative au projet. Ce cadre temporel peut ainsi se compter en quelques jours, dont le nombre peut tout à fait être inférieur à une semaine, que ce soit dans le cadre des procédures contradictoires, pour lesquelles le juge contrôle au cas par cas le caractère suffisant du délai imparti à la personne intéressée (A), que dans le cadre de la participation au sein d'un organe collégial régi par la règle textuelle des cinq jours francs (B).

A – Le contrôle au cas par cas du délai suffisant dans le cadre des procédures contradictoires

409. Au sein d'une procédure contradictoire, les griefs étant communiqués d'office à la personne intéressée, la fonction du délai utile consiste essentiellement à « *laisser un temps suffisant à l'intéressé pour présenter ses observations relatives aux griefs formulés à son égard* »²¹⁷⁸. Plus précisément, le délai utile doit permettre au citoyen d'exercer son droit de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales, en se faisant assister par un conseil de son choix. Ce n'est que lorsque la mesure a le caractère

²¹⁷⁸ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 126-127. La troisième finalité du délai évoquée par R. Hostiou est relative à la prise en compte des observations.

d'une sanction que la fonction du délai est également associée au droit à l'information préalable, afin de mettre la personne intéressée en mesure de demander communication de son dossier.

En l'absence de précision législative ou réglementaire, il revient à l'administration, sous le contrôle du juge, de laisser à la personne intéressée un délai suffisant pour exercer ses droits. Le calcul du délai se fait en fonction des circonstances propres à chaque affaire. Il est donc difficile de déterminer *in abstracto* la durée de ce délai, tout étant affaire de circonstances. Il reste possible de donner quelques ordres de grandeur généralement admis. Le juge a par exemple pu estimer, à propos d'un retrait de permis de construire, qu'était insuffisant le délai de deux jours séparant la réception effective du courrier avisant l'intéressé de la prise de décision²¹⁷⁹. Généralement, le juge se contente de délais assez courts fixés autour d'une semaine. Le juge a pu notamment accepter dans une situation similaire de retrait de permis de construire un délai de huit jours²¹⁸⁰, mais cela peut descendre à cinq jours dans d'autres hypothèses²¹⁸¹. Fort logiquement, il accueille des délais plus longs fixés à dix jours²¹⁸², quinze jours²¹⁸³, voire davantage.

Ces délais invitent le citoyen à être particulièrement réactif pour mettre en œuvre ses droits. Toutefois, puisque le juge tient compte des circonstances propres à chaque affaire, plusieurs éléments doivent être pris en compte dans le calcul de ce délai. Comme l'indique R. Odent, le juge tient compte de la nature et de la gravité des griefs ainsi que des moyens de défense employés²¹⁸⁴. Ainsi, lorsque le citoyen forme une demande de rendez-vous pour présenter ses observations par oral, ces délais sont nécessairement rallongés du temps nécessaire à l'organisation même du rendez-vous. L'administration ne peut pas adopter sa décision avant même que le rendez-vous ait lieu. Il en va de même lorsque, comme les agents publics, le citoyen dispose du droit à la communication de son dossier sur demande si la mesure a le caractère d'une mesure de sanction en vertu des nouvelles dispositions du code des relations entre le public et l'administration²¹⁸⁵. Lorsqu'une demande de communication du dossier est faite, le délai est nécessairement prolongé à compter de la réception des informations demandées, afin que la personne puisse disposer d'un temps suffisant pour préparer ses

²¹⁷⁹ CAA Bordeaux, 4 octobre 2016, n° 16BX00022, Société Polycorn.

²¹⁸⁰ CAA Marseille, 18 octobre 2013, n° 12MA02154, Mme A...B....

²¹⁸¹ CAA Nantes, 4 mars 2011, n° 10NT00903, M. et Mme. X.

²¹⁸² CE, 29 octobre 2008, n° 307035, Société Laboratoire Glaxosmithkline.

²¹⁸³ CE, 2 juillet 2010, n° 325521, Ministre de l'intérieur contre Casino de Biscarosse.

²¹⁸⁴ R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *op. cit.*, p. 65.

²¹⁸⁵ Article L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration, issu de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JO*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872.

observations. Le juge tient compte également, comme le rappelle R. Hostiou, de la possibilité pour lui de se défendre²¹⁸⁶. Il peut ainsi tenir compte de l'éloignement éventuel de la personne intéressée pour rallonger le délai²¹⁸⁷. Inversement, le juge administratif peut accepter des délais très courts en raison de la proximité entre l'administration et la personne intéressée. Ainsi en va-t-il des mesures d'éloignement du territoire, où le juge a pu valider des délais limités à vingt-quatre heures²¹⁸⁸. La décision ne doit en principe pas être prise le même jour que celui durant lequel la personne intéressée a pris connaissance de l'avertissement préalable²¹⁸⁹.

L'ensemble de ces éléments ne facilite pas l'identification d'un délai précis applicable en toute circonstance

410. Parallèlement, il faut souligner quatre contraintes techniques réduisant la garantie temporelle accordée à la personne intéressée. En premier lieu, il faut rappeler que c'est sur l'intéressé que pèse la charge de la preuve qu'il n'a pas disposé d'un délai suffisant²¹⁹⁰, ce qui n'est pas toujours évident. En deuxième lieu, la computation des délais ne lui est pas favorable puisque, comme le remarque R. Hostiou, ce délai court à compter du moment où l'intéressé est averti de la menace d'une mesure (*dies a quo*), c'est-à-dire lorsqu'il en a une connaissance effective²¹⁹¹, jusqu'au moment de la notification de la mesure (*dies ad quem*). Or, il serait préférable de retenir comme *dies ad quem*, « le moment de la signature de la décision par l'autorité compétente, car la période s'écoulant après ce moment jusqu'à la notification de la sanction ne constitue plus pour l'intéressé un délai véritablement "utile" »²¹⁹², en ce que

²¹⁸⁶ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 128.

²¹⁸⁷ CAA NANCY, 10 décembre 2012, M. A, n° 15NC00362 ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 182.

²¹⁸⁸ CAA Nancy, 19 mars 2015, n° 14NC01746, M. C... : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par un courrier notifié à M. C... le 25 juin 2014 à 14 heures 55, le préfet du Haut-Rhin a informé l'intéressé de son intention de l'éloigner à destination de la Russie, en exécution de l'arrêt du 4 février 2014 par lequel la cour d'appel de Colmar a confirmé le jugement du tribunal correctionnel du 18 novembre 2013 prononçant à son encontre une peine complémentaire d'interdiction du territoire français pour une durée de cinq ans ; que la décision fixant le pays de renvoi a été notifiée au requérant le 26 juin 2014 à 17 heures 54 ; que, dans les circonstances de l'espèce, M.C..., qui ne fait état, ni devant le premier juge, ni devant la cour, d'éléments précis susceptibles de faire obstacle à un retour en Russie, a bénéficié d'un délai suffisant pour présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales, en se faisant assister par un conseil de son choix ».

²¹⁸⁹ CE, 29 octobre 2007, n° 304411, Ministre de l'intérieur contre M. A.

²¹⁹⁰ CE, 17 octobre 1979, Ministre de la Santé et de la sécurité sociale c/ Grabain, *Rec.*, tables, p. 603.

²¹⁹¹ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, op. cit., p. 128.

²¹⁹² *Ibid.*, p. 127-128.

l'intéressé ne peut plus espérer influencer sur la mesure, ayant déjà été prise. Pour autant, une telle exigence compliquerait peut-être inutilement la tâche du juge.

En troisième lieu, l'administration peut prendre la mesure avant la fin du délai, si l'intéressé a effectivement émis ses observations²¹⁹³. Une fois les observations émises, la décision peut être prise. Cela implique que l'intéressé se doit d'être exhaustif dès le départ, puisqu'il ne pourra donc plus émettre de nouvelles observations. Ce faisant, un délai d'une semaine peut être facilement abrégé à deux ou trois jours. En matière de mesure d'éloignement, le juge a même pu valider un délai de cinq minutes entre l'avertissement et la notification de la mesure compte tenu de l'audition de la personne intéressée et, peut-être, en raison de l'exécution tardive de la mesure. La Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 14 novembre 2013, considère que « *Mme A...a été informée le 3 février 2013, à 13h45, qu'elle allait être remise aux autorités espagnoles et qu'elle pouvait formuler des observations sur cette mesure ; que cette information lui a été délivrée en présence d'un interprète en langue anglaise ; qu'il résulte tant du procès-verbal d'audition en date du 3 février 2013, mené en présence du même interprète en langue anglaise, que du certificat rédigé le 4 février 2013 par le Dr Dombret, qui a procédé à l'examen de l'intéressée et s'est entretenu avec elle en langue anglaise, que celle-ci présente un niveau en anglais qui lui a permis d'exposer avec précision les violences et blessures subies en Iran, avec leurs éléments de contexte, ainsi que les circonstances de son arrivée en Espagne puis de sa venue en France ; qu'elle était ainsi parfaitement en mesure de comprendre qu'elle disposait d'un droit à formuler des observations sur la mesure de remise aux autorités espagnoles prise à son encontre [qui lui a été notifiée à 13h50] ; qu'elle a par ailleurs disposé d'un délai suffisant pour exercer ce droit, sa réadmission vers l'Espagne n'ayant, à la date du jugement attaqué, pas été exécutée* »²¹⁹⁴.

Enfin, et c'est la règle la plus contestable, la jurisprudence n'impose pas la communication par l'administration de la durée de la procédure au stade de l'avertissement préalable. Le Conseil d'État considère que « *si ces dispositions impliquent que l'intéressé ait été averti de la mesure que l'administration envisage de prendre, des motifs sur lesquels elle se fonde, et qu'il bénéficie d'un délai suffisant pour présenter ses observations, elles n'imposent pas à l'administration d'informer l'intéressé de sa faculté de présenter des observations*

²¹⁹³ CE, 19 janvier 1990, Société française de revues (SFR) et Société des Editions de la fortune, *Rec.*, tables, p. 554 ; *AJDA*, 1990, p. 124 ; chron. E. HONORAT et E. BAPTISTE, p. 93.

²¹⁹⁴ CAA Bordeaux, 14 novembre 2013, n° 13BX00779, Préfet des Pyrénées-Orientales contre Mme A.

écrites »²¹⁹⁵. La personne intéressée n'est donc pas nécessairement tenue informée ni de son droit de présenter des observations, ni du délai utile accordé à cet effet, ce qui peut nuire à l'intelligibilité de l'information. Le juge invite ainsi le citoyen à être particulièrement diligent et réactif dans la mise en œuvre de ses droits. Dès qu'il est averti d'une mesure qui lui sera défavorable, il doit immédiatement entamer ses démarches visant à formuler des observations, qu'elles soient écrites ou orales, et éventuellement à demander communication de son dossier et/ou se faire assister d'un conseil ou d'un représentant. Une logique de bonne administration voudrait au moins que l'administration informe au préalable l'intéressé du délai qu'elle lui impose pour exercer l'ensemble de ces droits. Néanmoins, lorsqu'elle a elle-même fixé un délai, l'administration doit en principe s'y tenir. A ainsi été jugé insuffisant un délai de six jours alors que le courrier avait indiqué explicitement que l'intéressée disposait d'un délai de dix jours²¹⁹⁶. La seule exception à cette règle réside dans l'hypothèse où le délai initialement fixé était lui-même trop court²¹⁹⁷.

B – La règle textuelle des cinq jours francs dans les organes collégiaux

411. Au sein des organes collégiaux, deux types de délais se caractérisent par leur caractère relativement court.

Le premier est le délai de convocation. Lorsqu'il participe au sein d'un organe collégial, le citoyen est informé assez tardivement. L'exécutif est simplement tenu de respecter au minimum un délai de cinq jours francs²¹⁹⁸ séparant la date de la réunion²¹⁹⁹ de la date de réception de la convocation, de l'ordre du jour et de la note de synthèse, s'il s'agit d'un organe délibérant, ou des documents nécessaires à l'examen des affaires, s'il s'agit d'un organe consultatif. Ce délai peut être allongé en fonction des dispositions particulières propres à chaque organe, ou réduit sous le contrôle du juge en cas d'urgence. Ce délai peut également être

²¹⁹⁵ CE, 29 octobre 2008, n° 307035, Société Laboratoire Glaxosmithkline.

²¹⁹⁶ CE, 4 avril 2005, n° 266665, Société BASF-AGRO.

²¹⁹⁷ CAA Nantes, 4 mars 2011, n° 10NT00903, M. et Mme. X. Dans cette affaire, le courrier notifié à l'intéressé l'informait qu'il disposait d'un délai vingt-quatre heures. Le juge a validé la procédure parce que le délai a en définitive été porté à cinq jours à la suite d'une demande de la personne intéressée.

²¹⁹⁸ Sur ce point, voir l'article R. 133-8 du code des relations entre le public et l'administration pour les commissions à caractère consultatif relevant de l'État.

²¹⁹⁹ Le juge vérifie que la date retenue pour la réunion ne vise à empêcher la présence de certains membres. Voir notamment B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 107.

raccourci dans les organes délibérants s'agissant des documents annexes. Nous avons vu que l'exécutif n'est pas nécessairement tenu de communiquer d'office toutes les pièces annexes (conventions, budgets, documents présentant les caractéristiques techniques et financières), tant que la note de synthèse permet d'apprécier le contenu du projet, sa portée, ses motifs et ses implications²²⁰⁰. En l'état actuel du droit, l'exécutif peut à laisser aux membres le soin d'en demander l'accès durant le délai de convocation, ce qui limite le temps imparti à leur prise de connaissance. Mais, en cas de demande, il revient tout de même à l'exécutif de répondre dans les meilleurs délais afin que les intéressés puissent effectivement prendre connaissance des documents avant la tenue de l'organe. Le juge s'autorise à contrôler le caractère suffisant du délai imparti pour l'examen des documents avant la séance²²⁰¹. Il n'y a guère que lorsque la demande est tardive que ce droit ne peut plus être effectif. En cette matière, le droit positif n'organise pas de dispositif analogue à celui rencontré dans le cadre des articles L. 123-19 et L. 123-19-1 du code de l'environnement pour l'accès du public au dossier d'information sur le projet qui, nous le verrons plus loin, encadre tout autant la demande que de la réponse²²⁰². Il faut là encore rappeler que les demandes d'information restent peu fréquentes.

Durant ce court délai, qui est « *le temps de la réflexion indispensable à toute délibération régulière* »²²⁰³, le membre de l'organe est invité à préparer l'émission de son point de vue sur la base d'une information suffisante devant au moins permettre au participant d'apprécier le contenu de projet, sa portée, ses motifs et ses implications. Il lui revient alors de prendre connaissance des documents qui lui sont communiqués, de se faire une opinion qu'il pourra partager avec ses pairs lors de la séance. La plupart du temps, ce délai est suffisant, notamment car l'essentiel des affaires ne suscite pas de difficulté particulière. Mais il peut en aller autrement lorsque les membres sont invités à étudier des documents complexes comprenant des aspects techniques qui peuvent nécessiter un temps plus long pour en comprendre la portée exacte. Il ne faudra donc compter que sur le temps imparti aux échanges pour lever d'éventuelles interrogations.

²²⁰⁰ Voir *supra*, n° 321.

²²⁰¹ CE, 8 juin 1994, n° 136526, Cne de Ville-en-Vernois : « *considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, saisi d'une demande de cinq conseillers municipaux, adressée par lettre recommandée le 23 mars 1991 et parvenue à la mairie le 26 mars, tendant à recevoir communication des "documents détaillés leur permettant de se prononcer en toute connaissance de cause sur ses propositions" relatives au budget primitif de la commune, le maire de Ville-en-Vernois n'a fait aucune réponse à cette demande et s'est borné, à l'ouverture de la séance du conseil municipal le 29 mars en soirée, à donner lecture de cette lettre et à distribuer les documents d'étude du budget communal, dont l'approbation est intervenue au cours de cette même séance ; qu'en agissant ainsi, le maire a porté atteinte aux droits et prérogatives permettant aux conseillers municipaux de remplir normalement leur mandat* ».

²²⁰² Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²²⁰³ T. PEZ, « les organes collégiaux », in AFDA, *Les procédures administratives*, Dalloz, 2015, p. 205.

412. Le second délai réside dans ce temps accordé lors de la séance au cours de la phase de discussion préalable des affaires avant la phase de vote éventuel²²⁰⁴. S'il peut être tentant pour l'exécutif de restreindre la faculté de chacun de prendre la parole, la délibération ne peut exprimer une volonté collective que si elle résulte d'une discussion équitable qui a permis à toutes les tendances de s'exprimer. Une délibération qui ne serait précédée d'aucun débat est illégale²²⁰⁵. S'il revient au président de l'organe d'assurer la police des débats, ce temps d'échange doit durer le temps nécessaire à ce que les membres puissent s'exprimer au moins une fois, s'ils le souhaitent. Ce n'est que très ponctuellement que ce temps accordé à l'expression du point de vue dépasse la demi-heure.

Ce temps accordé aux échanges n'a vocation à se prolonger que dans le cadre de l'organisation de la collégialité à distance, lorsqu'il est fait le choix d'organiser la procédure par voie d'échanges de communication dématérialisée. Dans ce cas, la procédure doit durer un temps suffisant pour permettre l'échange entre chacun des membres de l'organe, puis pour leur permettre de voter. En l'absence de fixation de durée minimale par l'ordonnance du 6 novembre 2014²²⁰⁶ et le décret du 26 décembre 2014²²⁰⁷, il revient au règlement de l'organe ou au président de l'organe, sous le contrôle du juge, de fixer des durées suffisantes, qui peuvent être prolongées à tout moment. À ce jour, le juge administratif n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Rien ne semble empêcher qu'une telle réunion tenue à distance puisse ne pas durer plus de temps qu'une réunion en présentiel, soit donc un temps limité à quelques heures tout au plus.

²²⁰⁴ Sur le caractère éventuel du vote, voir *supra*, n° 405.

²²⁰⁵ CE, 1^{er} mai 1903, Bergeon, *Rec.* 324 ; *D.*, 1904, III, p. 107, note M. HAURIUO : illégalité d'une délibération adoptée sans vote au motif que les questions portées à l'ordre du jour avaient été préalablement discutées en commission générale du conseil municipal ; voir aussi TA Pau, 7 juin 2005, Brethes et a. c. Cne Saint- Sever, *AJDA*, 2005, p. 2291, concl. J.- N. CAUBET- HILLOUTOU : illégalité d'une délibération adoptée sans débat fondée sur le non-respect de la compétence générale de l'assemblée délibérante à régler par ses délibérations, donc par ses débats, les affaires de la commune.

²²⁰⁶ Ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, *JO*, n° 0258, 7 novembre 2014, p. 18779.

²²⁰⁷ Décret n° 2014-1627 du 26 décembre 2014 relatif aux modalités d'organisation des délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, *JO*, n° 0300, 28 décembre 2014, p.22585.

§ 2 – Un cadre temporel au moins fixé à quinze jours pour les procédures de participation ouverte

413. Au sein des procédures de participation ouverte, qu'elles concernent ou non la matière environnementale, le cadre temporel est nécessairement plus long, compte tenu de l'absence d'accès immédiat par le citoyen aux données d'information sur le projet. Dès lors, ce cadre temporel doit pouvoir permettre au citoyen de prendre connaissance du dossier d'information, de préparer et d'émettre ses observations. La durée minimale pour l'exercice de ses droits par le citoyen est alors généralement fixée à quinze jours, sous réserve de modulations ponctuelles. Il s'agit là d'un standard qui s'applique très largement (A). Bien entendu, les autorités organisatrices restent heureusement libres de fixer des délais plus longs, sauf la limite des durées maximales lorsqu'elles sont imposées par les textes (B).

A – La règle des quinze jours, un standard largement appliqué

414. La règle de la durée minimale des quinze jours s'applique très largement, que ce soit dans le cadre des processus référendaires (1) et des procédures de consultation ouverte (2), mais aussi dans celui des procédures de participation précoce (3), pourtant conçues pour permettre une participation pendant toute la durée d'élaboration du projet, plan ou programme.

1) Un standard pour les processus référendaires

415. Avant l'organisation d'un scrutin référendaire, plusieurs délais sont à prendre en considération. La décision qui décide du recours au référendum local ou à consultation des électeurs régis par le code général des collectivités territoriales²²⁰⁸ et qui convoque les électeurs doit être transmise au représentant de l'État dans le département dans un délai de huit jours. Une fois transmise, s'ouvre un délai minimum de deux mois durant lequel le scrutin ne peut

²²⁰⁸ Article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales.

pas être organisé, en vue de permettre un recours juridictionnel en vue de contester à ce stade la légalité du processus²²⁰⁹. On ne peut ici pas reprendre les propos de B. Faure pour qui ce délai de deux mois peut être « *la condition d'un vote populaire serein. La loi offre ainsi à la réflexion des électeurs le recul du temps* »²²¹⁰. Ce n'est en effet pas durant cette durée de deux mois que les électeurs peuvent accéder au dossier d'information sur le projet. Ce dernier doit simplement être mis à disposition des électeurs au moins quinze jours avant la date du scrutin. Pour assurer l'effectivité de ce délai, il est aussi prévu que la publication de l'avis à destination du public doit intervenir au moins quinze jours avant le scrutin, par voie de notification individuelle, de presse ou par tout autre moyen²²¹¹. Si ce délai n'est expressément fixé que pour les processus référendaires décidés par une collectivité territoriale autre que communale, le juge administratif l'a heureusement rendu applicable pour les communes²²¹². En matière de consultation des électeurs régie par le code de l'environnement, le schéma est analogue. Alors que la décision actant du principe de la consultation et fixant ses modalités est publiée au plus tard deux mois avant la date du scrutin²²¹³, et notifiée dans les deux semaines au représentant de l'État²²¹⁴, les électeurs sont informés cette fois-ci individuellement au plus tard le troisième jeudi précédant la consultation²²¹⁵, soit au moins dix-sept jours avant le scrutin. Cette convocation individualisée intervient légèrement en amont de la mise en ligne du dossier d'information sur le site la Commission nationale du débat public, qui a lieu au moins quinze jours avant la date fixée pour la consultation²²¹⁶.

²²⁰⁹ Articles LO 1112-3 et L. 1112-17 du code général des collectivités territoriales.

²²¹⁰ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 214.

²²¹¹ Article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales. Auparavant, ce délai était fixé à trois semaines ; cette règle était fixée à l'article R. 125-3 de l'ancien code des communes.

²²¹² CAA Marseille, 3 juillet 2008, n° 07MA02215 : « *Considérant, au surplus, qu'il résulte de la délibération du conseil municipal d'Alet-les-Bains en date du 1er décembre 2006 que le dossier d'information sur l'objet du référendum prévu à l'article LO 1112-8 du code général des collectivités territoriales a été mis à la disposition des électeurs en mairie à partir du 29 janvier 2007, soit moins de quinze jours avant le scrutin ; qu'un courrier a ensuite été adressé aux électeurs le 31 janvier 2007 afin de les avertir que le dossier était à leur disposition en mairie ; que par suite, le dossier n'était consultable par les électeurs que treize jours avant le scrutin, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 1112-2 du code général des collectivités territoriales* ».

²²¹³ Article L. 123-23 du code de l'environnement.

²²¹⁴ Article L. 123-24 du code de l'environnement.

²²¹⁵ Article L. 123-27 du code de l'environnement.

²²¹⁶ Article L. 123-26 du code de l'environnement.

416. En matière référendaire, depuis la loi du 6 février 1992²²¹⁷, le jour du scrutin est nécessairement fixé un dimanche²²¹⁸. Ce cérémoniel français du scrutin dominical n'était auparavant pas systématiquement appliqué, puisqu'il n'y avait pas de « *règle de l'unité de temps* »²²¹⁹. Certaines communes avaient ainsi décidé d'organiser des référendums sur plusieurs jours²²²⁰ afin de limiter autant que possible le nombre des abstentionnistes²²²¹, même si le lien n'est pas prouvé. Hors de France, de nombreux États autorisent les scrutins référendaires sur plusieurs jours, comme ce fut notamment le cas en Nouvelle-Zélande en 2016 lors du choix de conserver ou de changer le drapeau national. Cependant, pour détourner cette règle contraignante, les administrations peuvent tout à fait organiser des votations se déroulant sur plusieurs jours dans le cadre de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, tant que l'objet ne peut pas être analysé comme un processus référendaire classique. Pour permettre cet « *étalement temporel* »²²²², il convient simplement d'organiser une votation citoyenne à choix multiples²²²³. Le législateur se contente d'imposer « *un délai raisonnable* » pour permettre au public de participer. La logique voudrait qu'un délai minimal approchant les quinze jours soit proposé, même si aujourd'hui, le juge ne s'est pas encore prononcé à ce sujet²²²⁴.

2) *Un standard pour les procédures de consultation du public*

417. La fixation d'une durée minimale de quinze jours pour les instruments de participation ouverte caractérise l'essentiel des procédures de consultation du public, en premier lieu celles

²²¹⁷ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

²²¹⁸ Cette règle issue de l'article L. 54 et L. 55 du code électoral applicable aux processus référendaires. Le vote a lieu entre 8h et 18h ou 20h selon la taille de la commune.

²²¹⁹ J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *op. cit.*, p. 15.

²²²⁰ Il faut notamment citer les communes de Grenoble en juin 1983 et de Bourg-en-Bresse en juin 1988.

²²²¹ Voir aussi M. VERPEAUX, « Le "référendum" communal devant le juge administratif : premier bilan », *op. cit.*, p. 105.

²²²² E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *op. cit.*, p. 1254.

²²²³ Voir *supra*, n° 189.

²²²⁴ Dans le cadre de l'arrêt du Conseil d'État « Association citoyenne Pour Occitanie et Pays Catalan » du 19 juillet 2017, la votation citoyenne se déroulait sur une période d'un mois, du 9 mai au 10 juin 2016. CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; *DA*, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

qui n'intéressent pas le domaine des décisions ayant une incidence sur l'environnement. Depuis 1959²²²⁵, pour la prise de connaissance du dossier d'information contenant les informations relatives au projet et pour l'émission des observations, la durée d'une enquête régie par le code de l'expropriation doit être au moins égale à quinze jours²²²⁶. Calée sur son régime, il en va de même de l'enquête publique régie par le code des relations entre le public et l'administration depuis l'ordonnance du 25 octobre 2015²²²⁷. C'est encore cette durée de quinze jours qui s'applique au sein du dispositif de consultation ouverte sur Internet régi par les articles L. 132-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration²²²⁸, depuis la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. S'agissant des procédures de consultation du public intéressant les décisions ayant une incidence sur l'environnement, cette durée de quinze jours trouve également à s'appliquer, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, pour les enquêtes publiques environnementales, lorsque le projet, plan ou programme n'est pas soumis à évaluation environnementale²²²⁹, et, depuis l'ordonnance du 5 août 2013, au sein de l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement pour les décisions individuelles ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, hors procédures particulières.

Fait toutefois exceptions le cas des décisions non-individuelles visées à l'article L. 123-19-1, pour lequel le législateur a retenu deux durées différentes. Depuis la loi du 27 décembre 2012²²³⁰, le législateur retient en principe une durée de vingt-et-un jours alors que sous l'empire de la loi du 12 juillet 2010, cette durée était fixée à quinze jours. Parallèlement, depuis l'ordonnance du 5 août 2013, dans les communes de moins de 2 000 habitants, le public est simplement informé au moins huit jours avant la tenue d'une réunion publique, ce qui lui permet d'accéder au dossier d'information sur le projet durant un temps très limité. Il aurait au moins été utile de mettre en cohérence les procédures de consultation du public en fixant le délai durant lequel le public peut prendre connaissance du dossier à quinze jours, ce que n'a pas pris soin de faire l'ordonnance du 3 août 2016. Dans cette procédure, et contrairement au droit commun des procédures de participation du public, il n'est malheureusement pas prévu de dispositif

²²²⁵ Décret n° 59-701 du 6 juin 1959, portant règlement d'administration publique relatif à la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, à la détermination des parcelles à exproprier, et à l'arrêt de cessibilité, *JO*, 7 juin 1959, p. 5724.

²²²⁶ Article R. 112-12 du code de l'expropriation.

²²²⁷ Article R. 134-10 du code des relations entre le public et l'administration.

²²²⁸ Article L. 132-3 du code des relations entre le public et l'administration.

²²²⁹ Article L. 123-9 du code de l'environnement issu de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0181, 5 août 2016 (article 3).

²²³⁰ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, n° 0302, 28 décembre 2012, p. 20578.

permettant au public de déposer ses observations pendant cette durée en parallèle de l'organisation de la réunion publique, qui se termine généralement après deux heures de présentation et d'échange, tout au plus. Ce dispositif s'inscrit en réalité dans la philosophie de la collégialité et des processus référendaire, puisque le temps imparti à l'expression du point de vue et éventuellement à l'échange se limite à une temporalité très limitée. Le délai utile vise ainsi uniquement à prendre connaissance du dossier d'information et à préparer ses observations préalablement à l'émission d'observations lors de la réunion publique. En dehors de ce cadre spécifique, la pratique facultative des réunions publiques est généralement précédée d'une invitation du public quelques jours à l'avance, souvent par voie de presse.

418. Dans l'ensemble, le législateur semble estimer que, par un tel délai de quinze jours, le public dispose d'un temps suffisant pour s'informer sur le projet, préparer et émettre ses observations. Or, plusieurs raisons peuvent nous faire douter de ce constat.

En premier lieu, un projet peut être particulièrement compliqué à comprendre pour le profane. L'exemple des plans locaux d'urbanisme est assez marquant car, même s'ils ne font pas nécessairement l'objet d'une évaluation environnementale, le dossier d'information pourra être très volumineux et surtout très technique. Le nombre de pages d'un plan local d'urbanisme se chiffre généralement en centaines, d'autant plus depuis le mouvement de transfert de la compétence aux intercommunalités. Il n'est pas certain que dans un délai de quinze jours, les participants aient le temps d'analyser avec finesse l'ensemble des documents qui leur sont soumis pour avis, d'autant plus que, comme nous l'avons déjà évoqué, le diable se niche souvent dans les détails en cette matière²²³¹. La phase préalable de concertation peut certes permettre d'aiguiller le public dans sa lecture du projet, mais elle se limite aux seules orientations du plan d'aménagement et de développement durable, ainsi qu'à l'économie générale du projet, sans que le projet intègre à ce stade les dispositions précises du règlement du plan local d'urbanisme. Depuis le 1^{er} janvier 2017, le droit ne tient compte de cette problématique que lorsque le projet, plan ou programme est soumis à évaluation environnementale. La durée minimale de l'enquête publique environnementale est alors portée à trente jours. Ce délai avait pourtant été initialement fixé pour toutes les enquêtes publiques environnementales par la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983, en vue de renforcer cette procédure vis-à-vis de l'enquête publique de droit commun régie par le code de l'expropriation.

²²³¹ Voir *supra*, n° 304.

Mais, alors que la distinction repose originellement sur la nature de l'enquête publique, le législateur fonde désormais la distinction sur le contenu de l'information relative au projet. Puisqu'un projet soumis à évaluation environnementale nécessite une analyse plus approfondie du dossier d'information, le public dispose d'un délai plus long. À défaut d'évaluation environnementale, la durée peut être raccourcie, car le dossier est en principe moins complexe à analyser. Le législateur a repris cette philosophie pour la procédure de participation par voie électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, en fixant à trente jours la durée minimale du processus permettant au public de prendre connaissance du dossier d'information et d'émettre ses observations, compte tenu de la présence systématique d'une évaluation environnementale. Ce rallongement de la durée minimale de quinze à trente jours pour permettre au public de prendre connaissance du dossier et pour préparer et émettre ses observations démontre que le législateur tente de concilier l'exigence d'accessibilité de l'information avec l'exigence de cohérence du droit de la participation du public.

En second lieu, en l'absence de notification individualisée, il est fort probable qu'une grande partie du public n'ait pas connaissance de l'organisation de la procédure participative dès son ouverture. Dans les faits, l'information peut tout à fait parvenir au public au cours du processus et a même une forte probabilité de ne pas être reçue par le public. Et plus il la reçoit tard, moins il lui restera de temps pour participer. Face à ce risque de connaissance tardive, le législateur organise des dispositifs d'avertissement précoce pour s'assurer autant que possible que le public soit informé de l'organisation du processus participatif avant même son ouverture effective. Cette modalité s'impose depuis longtemps en matière d'enquêtes publiques, pour lesquelles l'avis à destination du public doit intervenir au moins huit jours avant le début des enquêtes régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration par voie d'affichage, qui dure jusqu'à la clôture de l'enquête²²³², et surtout par publication par voie de presse renouvelée dans les huit premiers jours suivant le début de l'enquête²²³³. Lors des enquêtes publiques environnementales, ce délai de huit jours est porté à quinze jours, sauf lorsqu'il s'agit du renouvellement de la publication par voie de presse, qui doit toujours intervenir dans les huit premiers jours²²³⁴. Sur les mêmes bases, au sein de la procédure de participation électronique du public régie par l'article L. 123-19 du code de

²²³² Article R. 112-15 du code de l'expropriation ; article R. 134-13 du code des relations entre le public et l'administration.

²²³³ Article R. 112-14 du code de l'expropriation ; article R. 134-12 du code des relations entre le public et l'administration.

²²³⁴ Article L. 123-10 et R. 123-11 du code de l'environnement.

l'environnement, l'avis à destination du public est mis en ligne et affiché en mairie ou sur les lieux concernés quinze jours avant à l'ouverture de la procédure et ce durant toute la procédure. En l'absence de publication par voie de presse, aucun dispositif de renouvellement n'est logiquement organisé. Or, l'intérêt d'un avertissement en matière de participation du public reste très relatif. L'organisation d'un avertissement précoce ne peut en principe pas permettre au public de préparer en amont ses observations, puisque le dossier d'information n'a juridiquement à être accessible qu'à compter de l'ouverture du processus²²³⁵. Il peut éventuellement être mis à disposition en amont sur la base du volontariat. L'intérêt d'informer le public huit ou quinze jours avant l'ouverture du processus participatif n'a alors pour fonction que de lui permettre de se tenir prêt à exercer son droit de participer durant l'intégralité du temps qui lui sera imparti. Informer le public le jour de l'ouverture du processus participatif risque en effet de réduire ce temps utile, au moins pour les tous premiers jours. Hormis cet aspect pratique, la seule réelle contrainte qui impose une publication préalable réside dans les hypothèses de publication par voie de presse, dont l'autorité qui en est responsable n'est pas maîtresse du calendrier de publication par le média retenu. En dehors de ces procédures, ces modalités d'information avant l'ouverture du processus ne s'imposent pas juridiquement. Le législateur se contente d'imposer un avis à destination du public au plus tard le jour de l'ouverture du processus. Ainsi, dans le cadre des procédures de consultations ouvertes régies par les articles L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, il est prévu en principe que le public est informé électroniquement des modalités d'organisation de la procédure « *au plus tard à la date de la mise à disposition* » en ligne du dossier d'information, c'est-à-dire la date de l'ouverture de la procédure participative. Lorsque la procédure prend la forme d'un traditionnel registre d'observations, dans les communes de moins de 10 000 habitants et leurs groupements de moins de 30 000 habitants, c'est à compter de l'affichage de l'avis à destination du public que débute la durée de la procédure. Le droit démontre là encore qu'il reste possible de faire coïncider l'avis à destination du public et la date d'ouverture du processus. Parallèlement, puisque le régime juridique des consultations ouvertes sur Internet n'impose pas une publication de la décision d'organiser la procédure participative avant la date d'ouverture de la procédure, rien n'empêche que cette publication ait juridiquement lieu le jour de l'ouverture de la procédure, d'autant qu'il est prévu cette publication est assortie de la mise en ligne de l'information sur le projet²²³⁶. La pratique confirme clairement cet état de fait. Sur le site www.vie-publique.fr, la date de l'ouverture de l'enquête coïncide systématiquement avec

²²³⁵ Article L. 123-13 du code de l'environnement.

²²³⁶ Article L. 132-5 du code des relations entre le public et l'administration.

la date d'ouverture de la procédure de participation du public. Enfin, en l'absence de précision, cette situation peut encore apparaître lors de la mise en place d'une procédure de participation du public en vertu de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, en dehors des procédures régies par des dispositions législatives ou réglementaires. Dans toutes ces hypothèses, le législateur prend le risque de ne pas garantir le caractère effectif du délai de quinze jours pour que le public soit en mesure de prendre connaissance de l'information relative au projet, de préparer et d'émettre ses observations.

En troisième lieu, il arrive que le public n'ait accès que très tardivement à l'information, lorsque le dossier d'information sur le projet ne fait pas l'objet d'une mise à disposition. De façon générale, le cadre temporel du processus peut varier légèrement selon les modalités offertes au public pour exercer ses droits. Lorsqu'il prend connaissance d'un dossier mis en ligne électroniquement ou lorsqu'il émet ses observations par correspondance postale ou électronique, le public dispose indéniablement de l'intégralité de la durée de la procédure. Inversement, lorsqu'il choisit de se rendre dans les lieux dans lesquels le dossier d'enquête et le registre d'observations sont mis à disposition, le public dépend des jours et heures d'ouverture de l'établissement²²³⁷. Mais il peut en aller différemment lorsque les informations relatives au projet ne sont disponibles sur support papier que sur demande. Dans cette hypothèse, un cadre temporel doit être organisé pour permettre et mais aussi contraindre l'administration à répondre dans un délai compatible avec la date de clôture de la procédure. Cette situation se présente au sein des procédures de participation électronique du public régies par les articles L. 123-19 et L. 123-19-1 du code de l'environnement. Dans le cadre de ces deux procédures, si le dossier est disponible intégralement en ligne, le public dispose également du droit de demander une consultation sur support papier dans les préfetures et les sous-préfetures en ce qui concerne les décisions des autorités de l'État, y compris les autorités administratives indépendantes, et des établissements publics de l'État, ou au siège de l'autorité en ce qui concerne les décisions des autres autorités²²³⁸. Or, cette demande doit intervenir dans des délais permettant à l'autorité de mettre à disposition du demandeur le dossier. Il est alors

²²³⁷ De la même façon, lors d'une enquête publique, lorsque le public choisit d'émettre ses observations à l'écrit ou oralement devant le commissaire enquêteur, il sera encore dépendant des créneaux proposés. Afin de rendre accessible le processus, le juge contrôle que les créneaux permettent une participation effective. Sous cette réserve, les droits du citoyen participant à la prise d'une décision administrative ne sont pas clairement remis en cause par l'absence de continuité absolue du processus.

²²³⁸ Pour rappel, cette procédure n'est pas applicable lorsque le volume ou les caractéristiques du projet de décision ou du dossier de demande ne permettent pas sa mise à disposition par voie électronique puisque, dans ce cas, la mise à disposition doit se faire d'office aux lieux et horaires fixés dans l'avis à destination du public. Voir *supra*, n° 365 et s.

précisé que la demande est présentée sur place au plus tard le quatrième jour ouvré précédant la clôture de la procédure²²³⁹. Les documents sont alors mis à disposition du demandeur aux lieu et heure qui lui sont indiqués au moment de sa demande. Cette mise à disposition intervient au plus tard le deuxième jour ouvré suivant celui de la demande, ce qui laisse au moins un délai de deux jours pour prendre connaissance du dossier, préparer et émettre les observations. Le seul véritable bémol réside dans l'obligation pour le public de se déplacer deux fois.

En quatrième lieu, enfin, se pose la question de savoir si la durée de l'ensemble des procédures de participation ne devrait pas être augmentée afin de répondre à une autre problématique. Le délai de quinze jours est depuis longtemps considéré comme « *une durée trop courte pour permettre aux habitants d'exprimer valablement leur sentiment* »²²⁴⁰. « *Même s'il est un minimum, ce délai peut sembler encore bien court si l'on songe aux modèles étrangers, tels les États-Unis où ils sont au minimum de deux mois* »²²⁴¹. Le standard de quinze jours apparaît en effet assez court au regard des fonctions associées à ces procédures de consultation du public, qui doivent en principe permettre au public de contester le projet, de participer démocratiquement à son élaboration, de l'améliorer en soumettant des propositions et des contre-propositions de nature constructive, enfin de le rendre plus légitime. On voit difficilement comment un délai de quinze jours peut traduire toutes ses finalités, qui impliquent au contraire une démarche s'inscrivant dans le temps. Toutes ces fonctions de la participation citoyenne invitent à l'échange entre d'une part le responsable du projet, plan ou programme et le public, et d'autre part les participants entre eux. Un délai de quinze jours ne semble pas à même de permettre en toute circonstance ces échanges. Prendre le temps de la discussion peut permettre, sinon d'apaiser les tensions, au moins de ne pas les attiser. Par exemple, en dehors du strict cadre de la participation du citoyen à la décision administrative, les réformes du droit du travail menées par les différentes majorités successives témoignent de cette nécessité de faire durer la participation pour réduire le risque de blocage. Réduire la durée des échanges revient à renforcer l'idée selon laquelle la phase de consultation n'est qu'une simple formalité pour le responsable du projet, qui n'est pas prêt à voir modifier son projet à ce stade. Cette insuffisance a été soulevée lors de l'examen de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public. Comme l'a révélé F. Jamay, le député B. Pancher avait proposé que la durée de la procédure actuellement régie par l'article L. 123-

²²³⁹ Article R. 123-46-2 du code de l'environnement.

²²⁴⁰ J.-C. BOUZÉLY, « La réforme des enquêtes publiques », *MTPB*, n° 44, 1983, p. 61.

²²⁴¹ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

19-1 du code de l'environnement soit allongée à deux mois afin notamment que les grandes organisations nationales aient le temps nécessaire de prendre connaissance des projets et de les analyser. Cependant, la ministre de l'écologie D. Batho avait fait valoir le risque, si la procédure de consultation du public est trop allongée, que la procédure d'urgence ne soit systématiquement utilisée²²⁴². Malgré ces insuffisances, il faut toutefois souligner le fait que les administrations peuvent prévoir d'elles-mêmes un délai supérieur aux exigences textuelles minimales²²⁴³.

Si le délai de quinze jours peut ainsi sembler court pour les procédures de consultation du public, ce constat soulève une réflexion plus profonde lorsqu'il s'applique aux procédures de participation précoce, pourtant conçue pour permettre une participation pendant toute la durée d'élaboration du projet, plan ou programme.

3) *Un standard pour les procédures de concertation*

419. La volonté d'organiser une participation qui se prolonge dans le temps a été la raison même de l'institution des procédures de participation précoce, en vue de permettre au public de participer pendant toute la durée de l'élaboration du projet, plan ou programme, que ce soit lors des procédures de débat public et de concertation régies par le code de l'environnement et de l'urbanisme. On serait ainsi fondé à penser que ces procédures devraient durer un temps suffisant mais surtout supérieur à ce standard des quinze jours, en vue de concrétiser cette ambition initiale. Or, force est de constater que le législateur, mais aussi le juge, ne traduisent pas cette exigence.

En effet, la durée minimale des quinze jours trouve également à s'appliquer, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, au sein du dispositif de concertation préalable régie par les articles

²²⁴² *Idem.*

²²⁴³ Sur ce point Ch. Testard a pu démontrer que la moyenne s'établit « légèrement au-dessus des obligations textuelles. (...) Les consultations électroniques organisées sur le fondement de l'article [L. 123-19-1] du code de l'environnement durent en moyenne 23,91 jours alors que celles organisées sur le fondement de l'article L. 132-1 du CRPA durent en moyenne 23,85 jours. Autrement dit, l'écart entre le délai textuel minimum et le délai pratiqué est plus important pour les consultations organisées sur le fondement du CRPA : le délai minimal est de 15 jours alors qu'il est de 21 jours pour les consultations environnementales. Il faut sans doute voir dans ces délais moyens similaires l'émergence d'une pratique de l'administration consistant à appliquer à toutes les consultations électroniques le délai fixé pour les consultations environnementales ». Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 530.

L. 121-15-1 et suivants du code de l'environnement²²⁴⁴. Afin d'assurer une réception précoce de l'information, le public est informé des modalités et de la durée d'une concertation préalable par voie dématérialisée et par voie d'affichage sur le ou les lieux concernés par la concertation au moins quinze jours avant le début de la concertation, en application de l'article L. 121-16 du code de l'environnement.

Cette situation se présente ensuite en matière de concertations régies par le code de l'urbanisme. Si l'esprit du dispositif proposé en vertu des articles L. 103-2 vise à promouvoir une participation du public « *pendant toute la durée de l'élaboration du projet* », l'article L. 103-4 se montre plus réaliste lorsqu'il dispose que « *les modalités de la concertation permettent, pendant une durée suffisante (...) au regard de l'importance et des caractéristiques du projet, au public d'accéder aux informations (...) et de formuler des observations et propositions (...)* ». Pour le contrôle du caractère suffisant de cette durée, le juge applique un principe de proportionnalité entre l'importance du projet et les modalités d'organisation de la concertation. Mais, s'il ne s'appuie pas sur la durée minimale de quinze jours, les exigences résultant de la jurisprudence s'en approchent fortement. Il a notamment pu considérer comme légale une exposition pendant une période de dix jours et une concertation prolongée avec le maître de l'ouvrage sous la forme de réunion et d'une exposition publiques²²⁴⁵, ou une exposition publique d'une durée de quatorze jours²²⁴⁶. On le voit, le juge se contente ainsi d'une durée assez courte. Il n'est pour le juge pas question de concrétiser la suggestion de J. Morand-Devilleur consistant à organiser des réunions à intervalles réguliers²²⁴⁷. Comme il a pu l'affirmer, si « *la concertation doit associer les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées pendant toute la durée de l'élaboration du projet il n'en ressort pas que des réunions doivent être nécessairement organisées à intervalles réguliers jusqu'au terme de cette procédure* »²²⁴⁸. Pour autant, s'il laisse à l'organisation une large marge de liberté, cela ne veut pas dire que le juge ne s'autoriserait pas à annuler une concertation qui serait manifestement insuffisante au regard de l'importance et des caractéristiques du projet. C'est la raison pour

²²⁴⁴ Article L. 121-16 du code de l'environnement.

²²⁴⁵ CE, 30 décembre 1998, Association de défense du site Realtor et son environnement, no 191480, RDI, 1999, p. 71, note HUBERT ; *Constr.-Urb.*, 1999, no 156, note LARRALDE ; *AFDUH*, 2000, n° 111, p. 212 : pour la création d'une gare sur la ligne TGV Méditerranée.

²²⁴⁶ CE, 5 octobre 1990, n° 101698, Association de défense des propriétaires, commerçants, industriels, artisans et occupants et de participation des propriétaires du secteur n° 9 des ZAD de Levallois, *Rec.*, tables, p. 1050 ; *DA*, 1990, n° 564 ; *RDI*, 1991, p. 197 : « *eu égard au nombre d'habitant concernés par ce projet et à l'importance de celui-ci, ces modalités de concertation ont été suffisante pour permettre, pendant la durée de l'élaboration du projet, l'association des personnes intéressées* ». Voir aussi CE, 11 janvier 1991, n° 101753, M. et Mme Leroy.

²²⁴⁷ J. MORAND-DEVILLER, « La procédure de création de la ZAC », *Droit et ville*, 1993, p. 29.

²²⁴⁸ CAA de Versailles, 2 juin 2005, n° 02VE00189, M. et Mme X.

laquelle, lorsqu'une concertation doit être menée lors de l'élaboration d'un document d'importance, comme un plan local d'urbanisme ou un schéma de cohérence territoriale, les autorités locales prennent rarement le risque de limiter cette phase de participation précoce à quelques jours. Généralement, la concertation se déroule durant une période longue pouvant s'étendre sur plusieurs mois. Par exemple, lors l'élaboration du plan local d'urbanisme intercommunal de Rennes Métropole, la phase de concertation avec le public sur les projets communaux a officiellement été organisée entre juillet 2015 et avril 2018, le temps notamment d'organiser des réunions publiques sur les orientations générales du plan à l'échelle intercommunale et une réunion publique dans chacune des 43 communes de la métropole. Cet exemple montre que la pratique peut être exemplaire. Il montre aussi que l'absence de fixation par le législateur d'une durée minimale n'empêche pas l'organisation d'une procédure de concertation sur une longue durée. On pourrait alors même penser que si le législateur imposait une durée minimale de quinze ou trente jours, les administrations seraient fondées à ne plus organiser de concertation sur un temps long. Fixer une règle minimale constitue certes une garantie pour le public, mais offre aussi à l'administration les moyens de s'y limiter.

De la même façon, le législateur ne fixe pas de durée minimale pour le débat public. Dans les faits, le délai qui sépare la publication des modalités d'organisation du débat sur son site internet²²⁴⁹ de son ouverture effective peut se compter en semaines, et il est rarement inférieur à un mois. Durant ce délai d'information précoce, des publications périodiques par voie de presse ont lieu avant et pendant le débat en plus des informations présentes de façon permanente sur les sites Internet de la Commission nationale du débat public et, éventuellement, du débat public. Quant à la durée même de ce dernier, non précisé par les dispositions textuelles, il faut se féliciter que la Commission nationale du débat public fixe généralement la durée des débats publics entre trois et quatre mois, ce qui correspond à la philosophie d'une participation tout au long de l'élaboration du projet, plan ou programme de grande importance. Mais, afin de ne pas allonger inutilement le processus participatif, le débat public, comme d'autres instruments de participation du public en matière environnementale, connaît une durée maximale.

²²⁴⁹ Article R. 121-6 du code de l'environnement.

B – Des durées maximales ponctuellement fixées

420. Outre la durée minimale de la procédure, c'est-à-dire le délai utile offert au public pour prendre connaissance de l'information préalable relative au projet, de préparer et d'émettre ses observations, le droit positif prévoit ponctuellement une durée maximale de la procédure, c'est-à-dire un délai raisonnable au sens strict du terme. On ne retrouve cette exigence qu'au sein de trois instruments participatifs régis par le code de l'environnement. C'est en premier lieu le cas du débat public qui doit durer au maximum quatre mois, sous réserve de la faculté pour la Commission nationale du débat public de le prolonger pour une période maximale de deux mois²²⁵⁰. En second lieu, une durée maximale est également prévue au sein de la procédure de concertation préalable qui ne doit pas excéder une durée maximale de trois mois. Enfin, en troisième lieu, une durée maximale de deux mois est imposée pour les enquêtes publiques environnementales²²⁵¹, sauf hypothèse de prorogation ou de suspension de l'enquête. L'enquête peut en effet être prorogée par le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête, notamment lorsqu'il décide d'organiser une réunion d'information et d'échange avec le public durant cette période de prolongation de l'enquête. Initialement d'une durée maximale de trente jours, la prolongation ne peut désormais se faire que pour une durée maximale de quinze jours. En outre, l'enquête publique environnementale peut également durer plus de deux mois à la suite d'une suspension. Elle peut en effet être suspendue à tout moment, mais une seule fois pour une période maximale de six mois, lorsqu'il est prévu d'apporter des modifications substantielles au projet, à l'étude d'impact ou au rapport sur les incidences environnementales afférent. Dans ce cadre, l'enquête sera rouverte pour une durée d'au moins trente jours²²⁵², s'ajoutant à la durée de l'enquête déjà écoulée. Il faut noter que dans la nouvelle logique proposée par le droit positif, il aurait été plus logique que l'enquête soit prolongée d'au moins quinze jours en l'absence d'évaluation environnementale. Le législateur n'a ici pas suivi son raisonnement jusqu'au bout.

²²⁵⁰ Article L. 121-11 du code de l'environnement.

²²⁵¹ Article R. 123-6 du code de l'environnement. Il s'agit d'un apport de la réforme intervenue en 1976. Auparavant, le décret du 6 juin 1959 limitait l'enquête publique à une durée de trente jours maximum, ce qui était apparu trop bref pour les opérations importantes. Voir M. D. HAGELSTEEN, « La réforme de la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique », *op. cit.*, p. 40.

²²⁵² Article L. 123-14 du code de l'environnement.

421. Pour apprécier l'intérêt d'imposer une durée maximale, il ne semble devoir se placer ni du point de vue du public appelé à participer ni de l'autorité organisatrice de la procédure, même s'il reste de bonne administration de ne pas faire s'éterniser une procédure. Lorsqu'un projet, plan ou programme relève de la responsabilité de l'autorité chargée d'organiser la procédure de participation du public, il peut tout à fait être laissé à cette autorité le soin de déterminer librement la durée maximale de la procédure. Dans la pratique, l'administration n'a aucun intérêt à rallonger inutilement le processus, déjà soumis à un long cheminement technique, administratif et budgétaire. Cette durée maximale ne trouve un réel fondement qu'en tant que garantie offerte au pétitionnaire qui voit son projet soumis à une procédure de participation du public, afin de ne pas allonger indéfiniment le délai d'instruction des dossiers de demandes d'autorisation, ce qui aboutirait à instituer une forme de sursis à statuer. Or, sur la base de ce fondement, la règle devrait pouvoir être généralisée pour l'ensemble des décisions prises sur demande. Dans ce cas, le droit positif pourrait tout à fait évoluer et fixer cette durée maximale à deux mois par principe ou quatre mois en matière de débat public, avec prolongation éventuelle respectivement d'un et deux mois.

Outre la procédure de participation du public, l'instruction d'un projet, plan ou programme peut être soumise à d'autres délais qui sont autant de freins à leur élaboration. Pour ne prendre que l'exemple du débat public, on peut noter que la procédure peut se prolonger pendant une période assez longue. Lorsque le projet est soumis à la saisine facultative de la Commission nationale du débat public, cette dernière peut être saisie dans le délai de deux mois à compter du moment où ces projets sont rendus publics par le maître d'ouvrage²²⁵³. Une fois saisie, la Commission nationale du débat public dispose ensuite d'un délai de deux mois pour se prononcer sur la suite à réserver aux saisines²²⁵⁴. Si elle décide d'organiser elle-même un débat public, le président de la commission particulière est désigné par la Commission nationale du débat public dans un délai de quatre semaines à compter de la décision d'organiser le débat, puis les autres membres sont désignés par la Commission nationale du débat public sur proposition du président de la commission particulière. Parallèlement, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet, propose au président de la commission particulière un dossier en vue du débat dans un délai de six mois à compter de la date de publication de la décision d'organiser le débat public²²⁵⁵. À compter de la réception d'un dossier complet, la

²²⁵³ Article L. 121-8 II alinéa 3 du code de l'environnement.

²²⁵⁴ Article L. 121-9 3° du code de l'environnement.

²²⁵⁵ Articles R. 121-7 II et R. 121-8 du code de l'environnement.

Commission dispose d'un délai de deux mois pour fixer la date d'ouverture du débat public²²⁵⁶. Le débat commencera plusieurs semaines après la communication de cette date. Une fois de débat terminé, un compte rendu et un bilan doivent être publiés dans un délai de deux mois à compter de la clôture du débat²²⁵⁷. Ensuite, viendra le temps de l'enquête publique avec ses propres délais de procédure. Au regard de l'ensemble de ces délais, on peut aisément comprendre l'intérêt de ne pas prolonger trop longtemps un débat public, même si ces délais ne doivent pas non plus « parasiter » le temps du débat public. Dans ce cadre, les durées de quatre à six mois applicables en matière de débat public apparaissent proportionnées au regard de l'objectif de concertation qu'ils impliquent. Ce raisonnement peut bien entendu être dupliqué vis-à-vis des procédures de concertation préalable et d'enquête publique.

²²⁵⁶ Article R. 121-7 III du code de l'environnement.

²²⁵⁷ Articles R. 121-7 V et R. 121-8 alinéa 4 du code de l'environnement.

Conclusion du Chapitre 2

Si l'organisation de toute participation implique pour le citoyen un droit d'accéder à l'information préalable, un droit d'exprimer son point de vue et un délai suffisant, le droit ne peut pas organiser uniformément leur mise en œuvre. De nombreux critères doivent être pris en considération.

L'information du citoyen commence toujours par la diffusion d'un avis présentant les éléments essentiels du processus participatif, à savoir son objet, éventuellement les caractéristiques principales du projet, le cadre spatio-temporel permettant au citoyen d'accéder au contenu de l'information relative au projet et d'émettre son point de vue. Mais, le mode d'accès à ces informations varie indubitablement selon le caractère individualisable ou non de la participation. Lorsque le citoyen est nominativement identifiable, l'avis doit pouvoir être notifié individuellement à chaque participant potentiel, ce qui est le cas lors d'une procédure contradictoire, d'une consultation de caractère restreint et d'un processus référendaires. Lorsque le citoyen n'est pas nominativement identifiable, c'est-à-dire lors de la mise en œuvre d'un instrument de participation du public, cet avis doit pouvoir faire l'objet d'une large diffusion autant que possible par différents canaux (site Internet, réseaux sociaux, presse nationale et locale, affichage sur sites). Parallèlement, à défaut d'une transmission d'office, un dossier d'information doit pouvoir être tenu à disposition des participants idéalement, par voie électronique sur un site Internet lorsque c'est techniquement possible, et sur support papier dans un lieu ouvert au public et éventuellement par communication au frais du demandeur.

Qu'elle prenne la forme d'observations ou d'un vote, l'expression du point de vue implique pour le citoyen sa faculté de participer à des échanges préalables à l'adoption de la décision administrative. Cependant, les formes de ces échanges varient selon la nature de l'instrument participatif. Quand bien même ils apparaissent complémentaires, l'oralité constituera toujours la règle et l'écrit l'exception dans le cadre de la collégialité. Leur complémentarité a vocation à être exploitée lors d'une procédure contradictoire et lors d'une procédure de participation du public. Enfin, l'échange préalable à un scrutin référendaire reste à ce jour limité, alors qu'il pourrait tout à fait être envisageable d'imposer l'organisation d'un dispositif d'échange, au moins lors de réunions publiques.

Le cadre temporel de la participation diffère enfin selon deux standards. Si le cadre temporel se situe généralement autour d'une semaine au sein des modèles de participation fermée, la référence est la durée de quinze jours pour les modèles de participation ouverte. L'existence du délai utile permet toujours au citoyen de prendre connaissance de l'information préalable relative au projet et de préparer l'émission du point de vue. À cette fonction d'information, s'ajoute une fonction d'expression du point de vue lorsqu'il prend la forme d'observations. Cette seconde fonction n'ayant pas d'objet lorsque le processus s'épuise par l'organisation d'une réunion publique, d'une réunion d'un organe collégial ou lors du jour consacré au processus référendaire.

Conclusion du Titre I

422. À ce stade de l'étude, la participation du citoyen à la décision administrative apparaît sous les traits d'une notion juridique cohérente. Le régime de l'ensemble des instruments participatifs s'articule autour d'une structure commune garantissant l'effectivité de la participation du citoyen. Ce dernier dispose systématiquement d'un droit à l'information, d'un droit d'exprimer son point de vue et d'un droit au délai utile lui permettant de s'informer et de s'exprimer. Cette unité n'implique cependant aucune uniformité. La participation du citoyen variera toujours au regard des modalités d'émission du point de vue offertes aux citoyens, qu'il prenne la forme d'un vote ou d'observations écrites et/ou orales. Mais, de multiples autres facteurs sont pris en compte. Le contenu de l'information varie selon le positionnement de l'instrument participatif dans le processus décisionnel. Le mode d'accès à l'information dépend tantôt du caractère individualisable ou non du droit de participer, tantôt du caractère ouvert ou fermé de la participation. Les formes écrites ou orales de l'échange préalable à la décision peuvent être présentes alternativement au sein d'un collège ou cumulativement lors d'une procédure contradictoire ou d'une procédure de participation du public. Enfin, le caractère fermé ou ouvert de la participation peut faire varier son cadre temporel. Cette diversité à géométrie variable du régime de la participation du citoyen à la décision administrative n'empêche pas de fédérer sous cette notion l'ensemble des instruments qui la concrétise. Elle se prolonge d'ailleurs lorsque l'on analyse les garanties complémentaires assurant la sincérité de la participation.

Titre II – LES GARANTIES COMPLÉMENTAIRES ASSURANT LA SINCÉRITÉ DE LA PARTICIPATION

423. Le régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative ne s'épuise pas par l'étude des droits à l'information préalable, à l'expression et au délai utile. Son régime s'ouvre plus largement à une exigence de sincérité. Dans l'arrêt « Association citoyenne pour Occitanie Pays Catalan » du 19 juillet 2017, le Conseil d'État juge que, lors d'une procédure d'association du public organisée en dehors des dispositions législatives et réglementaires, *« il incombe en particulier à l'autorité administrative qui organise une consultation dans les cas qui relèvent de l'article L. 131-1 du code des relations du public et de l'administration d'en déterminer les règles d'organisation conformément aux dispositions de cet article et dans le respect des principes d'égalité et d'impartialité, dont il découle que la consultation doit être sincère. L'autorité administrative doit notamment mettre à disposition des personnes concernées une information claire et suffisante sur l'objet de la consultation et ses modalités afin de leur permettre de donner utilement leur opinion, leur laisser un délai raisonnable pour y participer et veiller à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics »*²²⁵⁸. Ainsi, l'exigence de sincérité dépasse la stricte exigence d'effectivité qui renvoie à la recherche d'un cadre minimal sans lequel il ne peut y avoir de participation réelle. L'exigence de sincérité renvoie à la recherche d'un optimum. Une participation sincère serait ainsi celle qui offre au citoyen, non seulement une faculté de s'informer et de s'exprimer selon des modalités suffisantes, mais aussi une forme d'objectivité. La sincérité implique un encadrement renforcé du responsable d'un projet ou de l'autorité compétente pour l'autoriser. Pour ce faire, le régime de la participation s'ouvre à une nouvelle série de garanties de nature complémentaire. Apparaissent ainsi un droit pour le citoyen à la prise en compte de son point de vue (Chapitre 1) et des garanties organiques (Chapitre 2), qui recouvre la présence d'un tiers garant et un droit d'accès au juge. Là encore, la mise en œuvre de ces garanties s'avère plurielle. Leur mise en œuvre n'est pas nécessairement assurée. Lorsqu'elle l'est, les textes proposent classiquement de multiples variantes.

²²⁵⁸ CE, ass., 19 juill. 2017, n° 403928 et 403948, Association citoyenne Pour Occitanie Pays Catalan et autres ; DA, n° 12, 2017, comm. 49, G. ÉVEILLARD ; *Procédures*, n° 10, 2017, p. 26, note N. CHIFFLOT ; *JCP G*, n° 37, p. 1601, note Ch. TESTARD ; *JCP A*, n° 38, 2017, p. 27, conclusions V. DAUMAS.

Chapitre 1 – La concrétisation plurielle du droit à la prise en compte du point de vue

424. La portée de la participation citoyenne est souvent considérée comme le principal défaut de cet outil de démocratie administrative. Sauf à avoir une portée décisionnelle, la participation ne lie pas l'administration compétente ou la personne responsable d'un projet, plan ou programme, qui reste pleinement libre de tenir compte ou non des observations ou avis émis par les citoyens. Pour garantir un minimum de sincérité dans la démarche, le régime juridique de la participation citoyenne doit pouvoir se prolonger par un dispositif garantissant la prise en compte des points de vues exprimés, comme l'évoque l'article 6 de la Convention d'Aarhus, selon lequel « 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* »²²⁵⁹. Depuis la loi du 27 décembre 2012, l'article L. 110-1 du code de l'environnement reconnaît « 5° *Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente* ». Le citoyen participant peut en effet légitimement avoir intérêt à vérifier que l'administration a bien pris en compte le point de vue qu'il a exprimé même si elle ne l'a pas nécessairement suivi. La mise en œuvre de ce droit à la prise en compte du point de vue implique deux éléments : la diffusion d'un document formalisant cette prise en compte (Section 1) et le respect d'un délai traduisant cette prise en compte (Section 2), ce qui n'est pas toujours organisé avec la même rigueur par les textes.

Section 1 – L'exigence de diffusion d'un document formalisant la prise en compte du point de vue

425. Pour garantir la sincérité de la participation, deux supports juridiques ont vocation à concrétiser l'exigence de prise en compte du point de vue. D'abord, les résultats de la participation ont vocation à être retranscrits dans un document de synthèse des points de

²²⁵⁹ L'article 6 § 8 n'est pas d'effet direct. CAA Douai, n° 15DA01903, 15 février 2018, M. A. et a.

vue (§ 1). De façon plus perfectionnée, cette synthèse devrait ensuite pouvoir faire l'objet d'une réponse du décideur (§ 2).

§ 1 – L'exigence de prise en compte formelle des points de vue par la rédaction de documents de synthèse

426. L'exigence de rédaction d'un document de synthèse des points de vue n'est pas organisée de façon systématique et de façon uniforme au sein des différents instruments de participation citoyenne.

Par principe, l'exigence ne fait pas partie intégrante des règles générales applicables à la procédure contradictoire. L'administration n'a pas à élaborer une synthèse des observations, puisque l'intéressé peut très facilement identifier ou non une prise en compte de ses observations dans la décision qui sera prise en définitive. Cependant, il peut arriver que cette exigence doive s'appliquer dans l'hypothèse d'une mise en œuvre d'une contradiction dite « triangulaire » ou « quasi-triangulaire », c'est-à-dire dans l'hypothèse où la personne intéressée est invitée à présenter ses observations, non devant l'administration décisionnaire, mais devant un tiers chargé ou non d'émettre un avis à destination de l'administration décisionnaire²²⁶⁰. Dans ce cas, ce tiers garant doit transmettre à cette dernière un rapport qui retranscrit les observations émises par la personne intéressée. En matière référendaire, la question ne mérite pas de réel développement particulier : le vote des électeurs, retranscrit dans un procès-verbal, impliquera soit une prise de décision, soit un avis consultatif dont il revient simplement à l'autorité de prendre connaissance avant d'arrêter sa décision²²⁶¹.

En dehors de ces cas particuliers, l'exigence d'une synthèse des points de vue trouve surtout écho, selon des formes plus ou moins abouties, dans le cadre des procès-verbaux d'organes collégiaux (A) et des synthèses des observations lors des procédures de participation ouverte (B).

²²⁶⁰ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

²²⁶¹ Voir les articles LO 1112-7 et L. 1112-20 du code général des collectivités territoriales.

A – Les procès-verbaux d’organes collégiaux, des instruments permettant rarement la synthèse des échanges

427. Dans les organes collégiaux, la synthèse des points de vue exprimés peut éventuellement se retrouver dans le procès-verbal de la séance, lorsque ce dernier est requis par une disposition législative ou réglementaire. En son absence, l’organe n’est pas tenu d’en assurer la diffusion²²⁶², comme c’est par exemple le cas des comités participatifs mis en place facultativement dans les collectivités territoriales. En dehors de cet exemple, le droit impose généralement la rédaction d’un procès-verbal pour les organes collégiaux, mais il ne requiert qu’exceptionnellement une mention du détail des prises de position de chacun, de sorte que ce document ne constitue le plus souvent pas une synthèse des échanges.

428. En principe, sauf disposition particulière plus contraignante, le contenu d’un procès-verbal de séance peut rester très sommaire, pour éviter des lourdeurs administratives. Pour identifier sa composition, il est possible de se référer à l’article R. 133-13 du code des relations entre le public et l’administration, applicable aux commissions à caractère consultatif de l’État et de ses établissements publics. Il dispose que « *le procès-verbal de la réunion de la commission indique le nom et la qualité des membres présents, les questions traitées au cours de la séance et le sens de chacune des délibérations. Il précise, s’il y a lieu, le nom des mandataires et des mandants. Tout membre de la commission peut demander qu’il soit fait mention de son désaccord avec l’avis rendu* »²²⁶³. Il en résulte que la composition d’un procès-verbal d’une telle commission consultative s’arrête à des données purement factuelles relatives à la composition de l’organe, à l’objet de la délibération et, à la demande d’un membre, au vote individuel, puisque par principe le procès-verbal n’a pas nécessairement à faire mention du nombre de votes favorables obtenus²²⁶⁴. Comme l’indique B. Delaunay, « *il s’agit d’une disposition intéressante, inspirée de la pratique anglo-saxonne, qui permet de faire connaître les opinions minoritaires sur une affaire et de les exploiter éventuellement par la suite notamment sur le plan contentieux. Mais encore faut-il que ce désaccord soit formulé avec*

²²⁶² CE, 21 février 1947, Le Carré, *Rec.*, p. 600. G. ISAAC, « La procédure administrative non contentieuse », *op. cit.*, p. 533 : cette exigence reste « *toujours recommandée* ».

²²⁶³ Son irrégularité reste sans influence sur la légalité de la décision. Voir notamment CE, 18 décembre 1991, n° 86552, Syndicat national de l’industrie pharmaceutique.

²²⁶⁴ CE, 15 juin 1949, Chameton, *Rec.*, p. 423.

suffisamment de précision, la seule mention d'un vote défavorable sans sa motivation étant assez peu significative »²²⁶⁵. Or, ce procès-verbal n'est pas tenu de retranscrire les observations émises oralement ou électroniquement par chacun des membres. En clair, un procès-verbal n'a pas à faire état de la teneur des échanges, du contenu des débats²²⁶⁶ qui ont pu avoir lieu durant la phase de discussion préalable. Le juge administratif s'était rapidement positionné ainsi à propos des procès-verbaux des assemblées délibérantes locales. Le Conseil d'État a en effet précisé que, « *sous réserve de la mention des motifs, pour lesquels des conseillers municipaux n'auraient pas signé le procès-verbal, les conseils municipaux sont maîtres de la rédaction du procès-verbal de leurs séances et par suite une réclamation d'un conseiller fondée sur le refus par le conseil municipal d'insérer intégralement au procès-verbal ses observations et protestations ne peut être portée devant le ministre de l'Intérieur, ni être soumise au Conseil d'État* »²²⁶⁷. De même, il a pu juger que « *si le texte (...) ne fait pas mention des interventions des conseillers municipaux au cours de la séance, cette mention n'est imposée par aucune disposition législative ou réglementaire* »²²⁶⁸.

D'un premier point de vue, cette situation se justifie aisément au regard du fait que les échanges ont systématiquement lieu devant la collectivité des votants, lors de la réunion ou par échanges de courriels. Au regard des membres du collège, il n'est alors nul besoin de fixer à nouveau sur le papier la discussion préalable car au stade de la rédaction du procès-verbal, cette synthèse ne présente plus d'intérêt, sauf à rouvrir les débats, le vote ayant eu lieu. La rédaction d'une synthèse des propos tenus n'aurait d'intérêt que vis-à-vis des tiers, pour lesquels le procès-verbal constitue un document administratif communicable²²⁶⁹, en vue de l'exploiter au contentieux.

Néanmoins, la mention écrite des points de vue exprimés trouverait un véritable intérêt pour les membres d'un organe collégial consultatif vis-à-vis de l'autorité décisionnaire. Contrairement à un organe collégial décisionnel, reconnaître un droit d'expression individualisé au profit des membres d'un organe collégial consultatif n'a pas pour conséquence d'affaiblir l'institution, mais au contraire de renforcer sa mission d'expertise. En effet, lorsque l'organe est consultatif, force est de constater que la simple mention d'un vote positif ou négatif risque fort de ne pas apporter grand-chose au regard de la mission de contribution à l'instruction d'un

²²⁶⁵ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 109.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 108.

²²⁶⁷ CE, 3 mars 1905, n° 15450, Sieur Papot.

²²⁶⁸ CE, 18 novembre 1987, n° 75312, Marcy. Voir aussi CE, 5 décembre 1958, Dupré, *Rec.*, p. 617.

²²⁶⁹ Article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration.

projet qui lui est confié. Que l'avis émis soit favorable ou défavorable, ce qui compte en réalité c'est la motivation de la prise de position de l'organe, qui résulte elle-même de l'échange entre ses membres. Or, en la matière, le droit n'impose pas la motivation des avis. Il ne serait alors pas inopportun d'offrir à chaque membre d'un organe collégial consultatif, s'il le souhaite, que sa position puisse être clairement exprimée à l'administration décisionnaire sous la forme d'observations retranscrites au procès-verbal, qu'elles soient favorables ou qu'il s'agisse d'opinions dissidentes. En pratique, il y a parfois des procès-verbaux plus détaillés, mais cela ne résulte que d'une libre volonté.

429. Si cette situation forme la règle générale, il faut constater l'existence d'exceptions organisées par le droit positif. En effet, certaines dispositions textuelles offrent ponctuellement un droit d'expression des opinions concordantes ou dissidentes.

C'est d'abord le cas pour les membres des organes délibérants des collectivités territoriales préalablement à l'organisation d'un référendum consultatif local. L'article R. 1112-18 du code général des collectivités territoriales prévoit en effet que le dossier d'information préalable comporte la délibération par laquelle la consultation a été décidée « *à laquelle sont annexées les observations formulées par les membres de l'assemblée délibérante à l'occasion de cette délibération* ». Cette mention vise à éclairer les électeurs préalablement à l'expression de leur vote²²⁷⁰. Elle n'est étonnamment pas présente en matière de référendum décisionnel. Elle ne l'est pas non plus dans le cadre de la consultation des électeurs organisée par l'État en vertu du code de l'environnement.

Il en va surtout de même au profit de membres d'organes collégiaux consultatifs pouvant être issus de la société civile, à deux niveaux. Dans le cadre du dispositif de la collégialité à distance, l'article R. 133-7 du code des relations entre le public et l'administration dispose que « *lorsqu'une délibération destinée à recueillir l'avis de la commission sur un projet de texte législatif ou réglementaire est organisée selon les modalités prévues à l'article 3 de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, chaque membre peut demander que son opinion, telle qu'il l'aura exprimée par voie électronique, soit jointe au procès-verbal de la délibération. Le procès-verbal de la délibération rend compte de l'ensemble des votes exprimés*

²²⁷⁰ Voir *supra*, n° 336.

et précise le sens de l'avis qui en résulte. Il comporte, en annexe, le projet soumis à la commission ainsi que les opinions mentionnées à l'alinéa précédent. Il est communiqué par voie électronique à l'ensemble des membres de la commission ». Ce dispositif est particulièrement intéressant, puisqu'il garantit à chaque membre de l'organe la faculté de voir son point de vue retranscrit dans le procès-verbal. La règle est d'autant plus simple à mettre en œuvre par l'administration que les observations ont été formalisées sur un support écrit. En outre, nous avons pu voir que la diffusion de la teneur des échanges est requise au sein d'un organe consultatif collégial lorsqu'aucun vote n'est organisé²²⁷¹. En effet, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, le juge considère qu'un vote n'a pas à être systématiquement organisé au sein des organes collégiaux consultatifs. Ces derniers peuvent être simplement invités à présenter des observations sur un projet dont ils sont informés. Dans ce cas, c'est le compte rendu des débats qui fera office d'avis et qui devra être transmis à l'autorité consultante. L'avis se présente alors comme « *l'expression d'un examen complet et détaillé d'une affaire qui donne à l'autorité compétente connaissance de la position de l'organe consulté, fût-ce la manifestation de divergences profondes et, apparemment, irréductibles* »²²⁷². Pour que l'avis soit régulièrement rendu, ce document doit rendre compte « *de manière détaillée des opinions émises par les différents intervenants lors des débats* »²²⁷³. Ce n'est que dans ces hypothèses qu'un avis pourra effectivement permettre d'éclairer l'administration, en lui fournissant les diverses prises de position des parties prenantes, à l'instar de la synthèse des observations que l'on retrouve au sein de l'essentiel des procédures de participation du public.

²²⁷¹ Voir *supra*, n° 390.

²²⁷² R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 53-54.

²²⁷³ CE, 8 juillet 2009, n° 317423, Syndicat national C. Justice, : « *la circonstance alléguée selon laquelle le procès-verbal de la consultation n'aurait été approuvé par les membres du conseil que lors d'une séance ultérieure à l'édiction du décret est sans incidence sur sa régularité, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers que ce procès-verbal a été remis au gouvernement ainsi mis à même d'en prendre connaissance avant son édiction et qu'aucune modification n'a en tout état de cause été apportée à ce document postérieurement à sa transmission* ».

B – La synthèse des observations, une exigence essentielle dans les procédures de participation du public

430. La synthèse des observations rendues à la suite d'une procédure de participation du public s'avère utile tant pour le public que pour le responsable du projet (1), ce qui justifie que sa présence soit largement assurée (2).

1) La synthèse des observations, un document utile au public comme au responsable du projet

431. Assez simplement, la synthèse des observations vise pour le public à garantir que l'administration a bien pris en compte, au moins formellement sinon substantiellement, les observations émises lors du processus participatif. Cette synthèse n'a pas vocation à être un simple catalogue. Elle consiste à retranscrire dans un document la diversité des observations émises par le public durant le processus participatif. La synthèse des observations a pour objet de donner « *une certaine cohérence à celle-ci en présentant à l'autorité compétente les conclusions à tirer de la procédure suivie* »²²⁷⁴. Elle ne contient « *aucun vouloir propre, il s'agit simplement de rendre compte du caractère complet et détaillé d'un projet permettant à l'autorité compétente d'avoir connaissance de la position du public et d'experts, fût-ce la manifestation de divergences profondes et apparemment irréductibles* »²²⁷⁵. Ce faisant, cette synthèse offre au public une garantie de prise en compte formelle des observations émises, puisque le responsable du projet ou un tiers doit faire l'effort de retranscrire leur contenu, et donc d'en prendre connaissance. Si les observations doivent être synthétisées, c'est donc bien qu'elles doivent être au moins lues et comprises, même si elles ne vont pas nécessairement conduire le responsable à rectifier son projet.

Le responsable du projet trouve également un intérêt dans la rédaction d'une synthèse des observations, qui va lui permettre d'avoir une vue d'ensemble des résultats du processus participatif, des observations positives, négatives, des réserves, des contre-propositions émises

²²⁷⁴ R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 72

²²⁷⁵ J.-F. STRUILLOU, « Commission nationale du débat public - Le droit à la participation », op. cit., p. 17.

par le public, plutôt que de se contenter d'un catalogue disparate de remarques isolées. Cette phase de rédaction de la synthèse des observations est une composante à part entière du processus d'instruction des décisions, des réformes et des projets en vue de l'examen et l'amélioration de leur opportunité, de leur proportionnalité et plus largement de leur légalité. C'est donc la retranscription sous la forme d'une synthèse qui donne aux observations émises leur cohérence. La synthèse a ainsi « *une mission de "facilitateur" ou de "passeur" en prenant en charge et en formalisant ce que les citoyens, l'administration, les experts et le maître d'ouvrage ont dit, chacun dans leur langage* »²²⁷⁶.

La définition exacte du contenu d'une synthèse n'est pas aisée à identifier. En l'absence de précision textuelle, il revient au juge de fixer les contours de cette exigence. En réalité, lorsqu'elle est imposée, le juge opère surtout un contrôle *in concreto* plus qu'*in abstracto*. Il ne définit pas positivement l'exigence, mais se contente surtout d'en censurer ou non les éventuelles carences, tout en restant peu formaliste. Le juge a ainsi été amené à préciser qu'il n'est nul besoin pour la rédaction de la synthèse de dénombrer exactement les observations émises²²⁷⁷, même si cela peut trouver son sens pour apprécier la portée de la mobilisation lors de la procédure. Mais si la synthèse n'a pas à réitérer individuellement chacune des observations, elle doit tout de même en reprendre l'esprit²²⁷⁸. Le rédacteur reste alors libre de les trier et de les répartir au sein d'un document organisé par thématiques. Dans l'ensemble, « *il faut noter le caractère substantiel des synthèses rédigées, même si leur longueur est largement liée au nombre d'observations reçues. Dans la majorité des cas, la synthèse correspond à un résumé des observations, celles-ci étant largement citées. Il arrive plus exceptionnellement que les observations soient classées, soit en fonction de leur position à l'égard du texte – favorable ou défavorable –, soit en fonction de leur provenance – associations, professionnels, particuliers –, soit que ces deux approches soient combinées* »²²⁷⁹. Naturellement, la synthèse des observations n'a pas lieu lorsqu'aucune observation n'a été déposée.

²²⁷⁶ *Ibid.*, p. 18.

²²⁷⁷ CE, 24 janvier 1994, n° 132701, Association de défense des intérêts des Sérignanais, *Rec.*, tables, p. 984 ; *RDI*, 1994, p. 420. CAA Paris, 4e ch., 6 avr. 1995, n° 93PA00964, Assoc. Sucy-Plus, *DA*, 1995, comm. 473.

²²⁷⁸ Sur la censure d'une absence de mention de contre-propositions, voir notamment TA Fort-de-France, 28 septembre 2006, n° 06.101, ASSAUPAMAR : doit être annulé l'arrêté préfectoral du préfet de la Martinique autorisant le captage d'eau à usage d'irrigation agricole de la Grande Rivière lorsque les contre-propositions d'une association n'ont pas été portées sur le registre d'enquête par le commissaire enquêteur, en méconnaissance de l'art. L. 123-10. Cette irrégularité présente un caractère substantiel. *A contrario*, CAA de LYON, 27 mars 2018, n° 16LY00614.

²²⁷⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 608.

Une fois ces quelques précisions faites, il est surtout important de s'intéresser au domaine de cette exigence, qui n'est pas encore totalement généralisé.

2) *La rédaction d'une synthèse des observations, une exigence largement assurée*

432. Pour caractériser ce domaine de l'exigence de rédaction d'une synthèse des observations, il ne faut pas se fier à la terminologie employée par les textes, car cette notion peut se cacher derrière les notions de « compte rendu », de « procès-verbal », voire de « bilan ». De manière générale, si on assiste à une généralisation de l'obligation de rédiger et de diffuser cette synthèse dans le cadre des procédures de participation du public, dans la matière environnementale (a) ou en dehors (b), un examen minutieux de l'ensemble des dispositifs n'aboutit toutefois pas au constat d'une application absolue de l'exigence.

a) *L'exigence dans la matière environnementale*

433. L'exigence de rédaction d'une synthèse des observations est largement respectée en matière environnementale, mais elle n'est cependant pas généralisée.

434. Elle est d'abord respectée dans le cadre des procédures de participation précoce que sont les procédures de débat public et de concertation.

Suite à un débat public, la synthèse des observations intègre des documents plus larges, à savoir le « compte rendu » du débat, établi par le président de la commission particulière, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet, et le « bilan » du débat, rédigé dans un délai de deux mois à compter de la clôture du débat par le président de la Commission nationale du débat public²²⁸⁰. Comme l'indique la Commission, le compte rendu « *reprend les éléments de l'organisation du débat, revient sur les grandes étapes qui ont marqué les quatre mois de débat et détaille les sujets et questionnements abordés. Il présente les arguments des*

²²⁸⁰ Articles L. 121-11, R. 121-7 et R. 121-8 du code de l'environnement.

uns et des autres, tout en conservant un souci de neutralité, d'impartialité et d'indépendance »²²⁸¹. Le bilan « *donne quant à lui, en quelques pages seulement, un éclairage sur les conditions d'information et de participation du public, sur la qualité des échanges, les difficultés spécifiques du débat ; le bilan synthétise également les arguments échangés lors du débat et met en lumière les points saillants soulevés par le public* »²²⁸². Ces deux documents « *reviennent sur les enseignements que l'on peut tirer du débat, enseignements qui sont utiles au maître d'ouvrage pour faire évoluer son projet ou décider de l'abandonner, et qui prouvent au public que sa parole a été écoutée et entendue* »²²⁸³.

De façon analogue, suite à une concertation préalable régie par le code de l'environnement, une synthèse des observations doit intégrer la rédaction et la diffusion d'un « *bilan* » de la concertation²²⁸⁴. Ce bilan, établi dans le délai d'un ou trois mois suivant le terme de la concertation, « *résume la façon dont elle s'est déroulée* » et « *comporte une synthèse des observations et propositions présentées* »²²⁸⁵. Il en va de même pour le « *bilan* » des concertations régies par le code de l'urbanisme²²⁸⁶.

L'accès à l'ensemble de ces documents intégrant la synthèse des observations peut se faire par le biais d'une publication mais aussi et surtout par leur présence dans le dossier de l'enquête publique environnementale subséquente ou de la procédure de participation du public par voie électronique en vertu de l'article L. 123-19 du code de l'environnement. Il est en effet prévu que « *si le projet, plan ou programme a fait l'objet d'une procédure de débat public (...) ou d'une concertation préalable (...), ou de toute autre procédure prévue par les textes en vigueur permettant au public de participer effectivement au processus de décision, le dossier comporte le bilan de cette procédure ainsi que la synthèse des observations et propositions formulées par le public* »²²⁸⁷.

²²⁸¹ <https://www.debatpublic.fr/comment-ca-marche>.

²²⁸² *Idem.*

²²⁸³ *Idem.*

²²⁸⁴ Article L. 121-16 du code de l'environnement.

²²⁸⁵ Articles L. 121-16-1 et R. 121-21 du code de l'environnement.

²²⁸⁶ Articles L. 103-6, L. 300-2 et R. 300-1 du code de l'urbanisme. Voir notamment J.-F. STRUILLOU, « La concertation facultative sur les autorisations d'urbanisme après le décret d'application », commentaire du décret 28 décembre 2015, *JCP A*, n° 26, 4 juillet 2016, 2190 : « *les enseignements à tirer de la participation du public ne doivent pas ici rester "à l'état brut", l'autorité publique étant au contraire tenu de noter et d'examiner dans le bilan les différentes observations et propositions – voire contre-propositions – qui ont été présentées par le public au cours de la concertation. Le document contenant le bilan gagnerait également en clarté en comportant en plus de ces éléments le rappel de l'objet du projet et une présentation des modalités de la concertation* ».

²²⁸⁷ Article L. 123-12 du code de l'environnement. Cette règle est réitérée à l'article L. 103-6 du code de l'urbanisme.

435. L'exigence de rédaction d'une synthèse des observations est aussi bien intégrée dans le régime des procédures ultérieures de consultation du public.

Dans le cadre d'une enquête publique environnementale, elle intègre le rapport du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête. Même s'il n'en porte pas le nom, ce rapport peut tout à fait être analysé comme une forme de compte rendu ou de bilan que l'on retrouve dans les procédures de débat public et de concertation. Il doit recenser assez largement l'ensemble des éléments qui ont pu composer le processus participatif mis en place. L'article L. 123-15 du code de l'environnement dispose d'abord que « *le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête rend son rapport et ses conclusions motivées dans un délai de trente jours à compter de la fin de l'enquête (...). Le rapport doit faire état des observations et propositions qui ont été produites durant l'enquête ainsi que des réponses éventuelles du maître d'ouvrage* ». Précisant les choses, l'article R. 123-19 dispose quant à lui que « *le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête établit un rapport qui relate le déroulement de l'enquête et examine les observations recueillies. Le rapport comporte le rappel de l'objet du projet, plan ou programme, la liste de l'ensemble des pièces figurant dans le dossier d'enquête, une synthèse des observations du public, une analyse des propositions et contre-propositions produites durant l'enquête et, le cas échéant, les observations du responsable du projet, plan ou programme en réponse aux observations du public* ». Les dispositions relatives à l'enquête publique environnementale recensent ainsi trois grands ensembles composant le rapport. Il doit d'abord relater le déroulement de l'enquête, et à ce titre il comporte impérativement « *le rappel de l'objet du projet, plan ou programme, la liste de l'ensemble des pièces figurant dans le dossier d'enquête* ». Au regard de la pratique, on pourrait d'ailleurs y ajouter le rappel des événements qui se sont succédés durant l'enquête de l'ouverture à la clôture de cette dernière, en passant par les permanences et réunions éventuellement organisées. Le rapport doit ensuite comporter une « *synthèse des observations du public* »²²⁸⁸, qui fait « *état des contre-propositions qui ont été produites* ». Pour finir, le rapport du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête doit faire « *une analyse des propositions et contre-propositions produites durant l'enquête* », c'est-à-dire y apporter un commentaire, et faire état des « *réponses éventuelles du maître d'ouvrage* » aux observations du public. Ce rapport du commissaire

²²⁸⁸ L'article R. 123-18 évoque dans le même esprit « *les observations écrites et orales consignées dans un procès-verbal de synthèse* ».

enquêteur ou de la commission d'enquête est transmis avec les conclusions motivées²²⁸⁹ au responsable du projet, plan ou programme. Ces documents sont rendus accessibles au public par voie dématérialisée sur le site Internet de l'enquête publique et sur le lieu où ils peuvent être consultés sur support papier²²⁹⁰. Des copies de ces deux documents sont tenues ainsi à la disposition du public, sans délai et pendant un an à compter de la date de clôture de l'enquête, à la mairie de chacune des communes où s'est déroulée l'enquête et à la préfecture de chaque département concerné²²⁹¹.

Plus simplement, dans le cadre des procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19 et L. 123-19-1 II du code de l'environnement, une simple synthèse des observations doit être rendue publique par voie électronique, au plus tard le jour de la prise de décision et pendant une durée minimale de trois mois. Cependant, la garantie d'une prise en compte formelle des observations par la rédaction d'une synthèse n'est plus obligatoire dans plusieurs hypothèses. Pour les décisions non-individuelles des communes de moins de 10 000 habitants et les groupements de moins de 30 000 habitants, l'autorité administrative peut procéder à l'affichage pendant une durée minimale d'un mois de la synthèse des observations ou, plus étonnamment, indiquer par la même voie les lieux où le registre de recueil des observations et propositions est tenu à la disposition du public pour la même durée²²⁹², hypothèse excluant malheureusement la rédaction d'une synthèse. Il n'est ainsi pas formellement garanti que l'administration prenne soin de reformuler les observations et partant de les prendre en compte. Dans les communes de moins de 2 000 habitants²²⁹³, et pour l'ensemble des décisions individuelles soumises à la procédure régie par l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement, cette obligation disparaît purement et simplement sans qu'une justification pertinente puisse être trouvée.

²²⁸⁹ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

²²⁹⁰ Article L. 123-15 du code de l'environnement.

²²⁹¹ Article R. 123-21 du code de l'environnement.

²²⁹² Article L. 123-19-1 III du code de l'environnement.

²²⁹³ Article L. 123-19-1 IV du code de l'environnement.

b) *L'exigence en dehors de la matière environnementale*

436. En dehors de la matière environnementale, l'exigence de rédaction et de diffusion d'une synthèse des observations ou plus largement d'un bilan reste généralement applicable, même si la terminologie employée n'est pas toujours très explicite.

La règle ne ressort pas clairement des dispositions propres aux enquêtes publiques par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ou pour celles régies par le code des relations entre le public et l'administration. En cette matière, les dispositions textuelles ne prévoient pas la rédaction séparée par le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête, d'un rapport et de conclusions motivées, contrairement aux dispositions du code de l'environnement. Il y a ici à l'inverse une confusion entre ces deux documents, puisqu'il est simplement prévu la rédaction d'un « *rapport énonçant ses conclusions motivées, en précisant si elles sont favorables ou non à l'opération projetée* »²²⁹⁴. Ces conclusions doivent être motivées notamment au regard du dossier d'enquête et au registre consignait les observations recueillies. Cependant, la distinction entre un rapport comprenant notamment une synthèse des observations d'une part, et un avis motivé d'autre part, reste préférable à l'instar de l'enquête publique environnementale. Le rapport permet de garantir un examen par le décideur de chaque typologie d'observations recueillies ; les conclusions visent à permettre au commissaire enquêteur ou la commission d'enquête d'émettre son avis²²⁹⁵. Le document produit reste mis à disposition du public dans les lieux où un registre a été déposé²²⁹⁶.

La règle de la diffusion d'une « synthèse des observations » n'apparaît sous cette forme que dans le cadre de la procédure de consultation ouverte sur Internet ayant vocation à se substituer à la consultation obligatoire d'organes collégiaux. Il est ainsi prévu qu'« *au terme de la consultation, [l'administration] établit une synthèse des observations qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires* »²²⁹⁷. En cohérence avec l'esprit accessible de ces consultations ouvertes, cette synthèse est accessible sur le site Internet ayant vocation à recevoir les observations, qu'il s'agisse du site « [---

²²⁹⁴ Article R. 112-19 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; article R. 134-26 du code des relations entre le public et l'administration.](http://www.vie-</p></div><div data-bbox=)

²²⁹⁵ Voir *infra*. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

²²⁹⁶ Article R. 112-21 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; article R. 134-28 du code des relations entre le public et l'administration.

²²⁹⁷ Article L. 132-2 du code des relations entre le public et l'administration.

publique.fr », pour les décisions de l'État ou de ses établissements publics, ou du site Internet choisi par les autres collectivités²²⁹⁸. Néanmoins, rien n'est prévu lorsqu'elles n'ont pas de caractère substitutif, c'est-à-dire qu'elles sont organisées à titre purement facultatif. Il serait au moins souhaitable que l'exigence tirée de l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration puisse alors s'appliquer.

En effet, l'exigence s'impose lors de la mise en œuvre d'un processus participatif mis en place facultativement « *en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires* ». L'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration impose à cette dernière de veiller « *à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics* ». La notion de synthèse des observations semble pouvoir être identifiée dans celle de « résultats ». La notion des « suites envisagées » s'avère quant à elle plus large puisqu'elle implique certes une synthèse des observations mais surtout une réponse.

§ 2 – Une prise en compte renforcée par l'exigence ponctuelle d'une réponse aux points de vue exprimés

437. Afin de ne pas se limiter à garantir la simple prise en compte formelle des points de vue exprimés, le régime de la participation citoyenne se perfectionne ponctuellement en imposant une forme de réponse aux observations soit de façon directe (A), soit de façon indirecte (B).

A – Des hypothèses de réponse directe aux observations

438. En imposant une réponse directe aux observations émises par les citoyens, le droit peut tout autant permettre d'accorder à la participation une portée contraignante (1) que poursuivre sous forme allégée l'échange entre les différents acteurs (2).

²²⁹⁸ Article R. 132-6 du code des relations entre le public et l'administration.

1) *Une exigence donnant à la participation une véritable portée contraignante*

439. Plus qu'une simple synthèse des observations, qui n'a qu'une portée formelle, l'exigence d'une réponse directe du responsable du projet offre une garantie plus profonde pour le public de prise en considération des points de vue exprimés en l'invitant à les analyser, à justifier son projet à leur regard, et concrètement à expliquer pourquoi il les a accueillis ou rejetés. Lorsqu'il prévoit l'hypothèse d'une réponse préalable à la décision, le droit contribue en premier lieu à favoriser une meilleure prise en compte des points de vue exprimés par les citoyens durant le processus participatif. Quand bien même la garantie offerte au citoyen reste simplement formelle, le décideur ou le responsable du projet est contraint de prendre à nouveau position au regard des observations émises. J. Bétaille suggère que *« s'il n'est pas envisageable d'obliger l'autorité décisionnaire à suivre l'avis exprimé dans le cadre de la participation, il est revanche possible de l'obliger à justifier son choix. Il ne s'agit alors pas d'une motivation classique mais plutôt d'expliquer spécifiquement en quoi et pour quelles raisons les opinions exprimées dans le cadre de la participation ont été suivies ou non »*²²⁹⁹. L'intérêt d'exiger du responsable du projet une telle réponse directe aux observations émises fait consensus. Pour J.-F. Struillou, cette réponse *« vise à faire en sorte que les résultats de la concertation soient dûment pris en considération. Le fait d'imposer au maître d'ouvrage d'expliquer comment il a pris en compte les observations et propositions du public peut avoir pour conséquence d'obliger ce dernier à s'intéresser à ces observations et propositions, ce qui peut l'amener à les prendre en compte. La crédibilité de la concertation se voit ainsi dans une certaine mesure renforcée. Il ne suffit pas, on le sait, de susciter la participation, encore faut-il lorsque celle-ci est achevée que le responsable du projet soit tenu d'en tirer les conséquences. Ceci ne signifie pas pour autant que le maître d'ouvrage soit impérativement tenu par les résultats de la concertation, mais plutôt qu'il doive s'en expliquer au cas où il déciderait de rejeter ou d'écarter les propositions émises »*²³⁰⁰. L'exigence d'une réponse directe donne son sens à la procédure participative en lui donnant une véritable portée juridique contraignante, tout en laissant le responsable du projet libre de modifier ou non son projet à la suite du processus. Comme le promouvait M.-C. Runavot, avec cette réponse, la *« procédure deviendrait participative en ce*

²²⁹⁹ J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse Limoges, 2012, p. 398.

²³⁰⁰ J.-F. STRUILLOU, « La concertation facultative sur les autorisations d'urbanisme après le décret d'application », *op. cit.*

qu'elle assurerait une emprise des administrés sur la décision »²³⁰¹. Ainsi « le “tenu compte” semble impliquer, au-delà de la prise en compte et a fortiori de la prise en considération, l'obligation positive de l'administration d'intégrer les observations dans le dispositif de la loi, d'infléchir voire de modifier le projet de texte dans l'un au moins des sens suggérés par le public »²³⁰². Dans le même sens, le Conseil d'État a pu indiquer que « 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 »²³⁰³. Dans son ensemble, on le voit, cette exigence a vocation à transformer ce qui se limite à une simple obligation formelle en véritable garantie substantielle de prise en considération des observations émises.

440. Or, si la rédaction d'une synthèse des observations émises s'impose largement pour assurer *a minima* leur prise en compte formelle au sein des procédures de participation du public, l'obligation pour le responsable du projet d'y adresser une réponse reste aujourd'hui encore exceptionnelle bien que le droit positif ait connu des avancées ces dernières années, spécifiquement au sein du domaine des décisions ayant une incidence sur l'environnement. Suite à l'ordonnance du 3 août 2016²³⁰⁴, l'article L. 120-1 II du code de l'environnement, relatif aux principes et dispositions générales applicables à la participation du public, dispose que « *la participation confère le droit pour le public (...) 4° D'être informé de la manière dont il a été tenu compte de ses observations et propositions dans la décision d'autorisation ou d'approbation* ». Ainsi rédigée, l'exigence d'une réponse apparaît comme une règle générale de la participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement. Pour autant, cette disposition n'a pas de portée formelle, ce qui ne la rend donc pas obligatoire à défaut de mention au sein du régime propre à chaque instrument participatif. Dès lors, pour connaître le champ d'application de cette exigence de réponse, il faut classiquement se référer aux dispositions régissant chacune des procédures de participation du public. Et force est de constater que cette exigence n'est pas imposée de façon générale.

²³⁰¹ M. C. RUNAVOT, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ou les variations autour du thème de la démocratie », *DA*, mai 2013, p. 9.

²³⁰² *Idem.*

²³⁰³ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 96.

²³⁰⁴ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n° 0181, 5 août 2016 (article 1).

441. L'exigence d'une réponse du responsable du projet aux observations émises trouve d'abord à s'appliquer à la suite d'un débat public. La Commission nationale du débat public invite en effet systématiquement le responsable du projet à apporter des réponses aux remarques et aux questions au cours du débat, que ce soit dans le cadre des réunions publiques, ou sur les espaces d'expression mis en place sur le site internet du débat. Sur le site internet de la Commission, cette dernière s'engage ainsi : « *toutes les questions sont traitées le plus rapidement possible. Lorsque les questions concernent la commission particulière ou la CNDP, celles-ci y répondent directement ; lorsqu'elles s'adressent au maître d'ouvrage, la commission les lui transmet et valide ses réponses, dans un temps aussi court que possible, avant la mise en ligne* »²³⁰⁵. Parallèlement, l'exigence d'une réponse du responsable du projet est surtout requise à la suite d'un débat public depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. L'article L. 121-13 du code de l'environnement impose au responsable du projet de tirer les conséquences du bilan et de décider de la poursuite de son projet par une décision motivée. En effet, cet article dispose que « (...) *le maître d'ouvrage du projet ou la personne publique responsable de l'élaboration du plan ou du programme 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 plan, du programme ou du projet. Il précise, le cas échéant, les principales modifications apportées au plan, programme ou 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* ». Il constitue bien une réponse aux points de vue exprimés tels qu'ils ont pu être reformulés dans le compte rendu et le bilan du débat public. Le responsable du projet reste bien sûr libre de décider de la poursuite ou de l'arrêt du projet, mais il doit se positionner au regard des enseignements qu'il tire du débat public, c'est-à-dire des observations qui ont été émises. Afin d'en assurer la diffusion, cet acte est notamment publié sur le site internet de la Commission nationale du débat public²³⁰⁶. Et, afin de garantir une prise de connaissance par

²³⁰⁵ <https://www.debatpublic.fr/comment-ca-marche>.

²³⁰⁶ Article R. 121-9 du code de l'environnement : « *L'acte mentionné à l'article L. 121-13, par lequel le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet, plan ou programme décide, après la publication du bilan du débat public, du principe et des conditions de la poursuite de son projet, plan ou programme, fait l'objet d'une publication.*

La décision prise par l'État ou la délibération d'un établissement public national est publiée au Journal officiel de la République française.

La délibération d'une collectivité territoriale, d'un groupement de collectivités territoriales ou d'un établissement public en dépendant est publiée dans les conditions prévues aux articles L. 2121-24, L. 5211-47, R. 3131-1, R.

l'autorité chargée d'autoriser le projet, le décret du 25 avril 2017 a prévu qu'outre le compte rendu et le bilan de la concertation, il doit être intégré au dossier de l'enquête²³⁰⁷.

Depuis l'ordonnance du 3 août 2016, cette exigence est également requise pour la concertation régie par le code de l'environnement, puisque l'article L. 121-16 dispose que « *le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable indique les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire de la concertation* ». Cette réponse doit être publiée avec le bilan sur le site de la concertation²³⁰⁸, ce qui permet d'en assurer la diffusion au public. Cependant, il n'est pas prévu que cette réponse doive figurer dans le dossier de l'enquête publique ultérieure, ce qui ne garantit pas que l'autorité compétente pour autoriser le projet en prenne connaissance.

Cette problématique a été pour partie résolue dans le cadre d'une concertation organisée au cas par cas sur un projet en vertu de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme. Depuis un décret du 28 décembre 2015²³⁰⁹, il est prévu que « *le maître d'ouvrage explique comment il a pris en compte les observations et propositions ressortant du bilan* »²³¹⁰. Ce document tirant les conséquences de la concertation et le bilan sont alors joints au dossier mis à disposition du public par voie électronique selon les modalités prévues pour la procédure de participation du public régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, ce qui permet d'en assurer la diffusion tant à l'autorité chargée d'approuver²³¹¹ le projet que le public. Or, malheureusement, aucune réponse du responsable du projet, plan ou programme n'est exigée dans le cadre de la concertation régie par les articles L. 103-2 et suivants du code de l'urbanisme. Si l'administration doit certes arrêter le bilan de la concertation et, en matière d'adoption ou de révision d'un schéma de cohérence territoriale²³¹² ou d'un plan local d'urbanisme²³¹³, arrêter le

4141-1, R. 4423-1 ou R. 4433-8 du code général des collectivités territoriales ou, le cas échéant, aux 2° et quatrième alinéa de l'article R. 312-5 du code des relations entre le public et l'administration.

La décision prise par une personne privée est publiée en caractères apparents dans un journal national et un journal diffusé dans le ou les départements intéressés.

L'acte est également publié sur le site internet de la Commission nationale du débat public ».

²³⁰⁷ Article R. 121-10 du code de l'environnement.

²³⁰⁸ Articles R. 121-21 et R. 121-24 du code de l'environnement.

²³⁰⁹ Décret n° 2015-1782 du 28 décembre 2015 modifiant diverses dispositions de la partie réglementaire du code de l'urbanisme, JO, n° 0301, 29 décembre 2015 p. 24529, texte n° 77 (article 2).

²³¹⁰ Article R. 300-1 du code de l'urbanisme.

²³¹¹ A ce sujet J.-F. Struillou considérait à tort que, puisque la mention de la réponse au sein du dossier de demande n'est pas exigée explicitement pour un permis d'aménager, alors qu'elle l'est pour un permis de construire (article R. 431-16 du code de l'urbanisme) se posait toujours la question de savoir comment l'autorité compétente pour délivrer le permis d'aménager a connaissance des explications fournies par le maître d'ouvrage. J.-F. STRUILLOU, « La concertation facultative sur les autorisations d'urbanisme après le décret d'application », *op. cit.*

²³¹² Article R. 143-7 du code de l'urbanisme.

²³¹³ Article R. 153-3 du code de l'urbanisme.

projet, ces actes ne constituent pas des réponses car il n'est pas demandé à l'administration de justifier de nouveau son projet au regard des observations qui ont pu être émises. Ce bilan peut tout à fait se limiter à un simple rappel du déroulement de la concertation accompagné d'une synthèse des observations du public.

442. Cette exigence de réponse du responsable du projet n'est également pas organisée systématiquement au sein des procédures de consultation du public.

Lors d'une enquête publique environnementale, le responsable du projet, plan ou programme est d'abord invité à répondre aux observations du public telles qu'elles figurent dans un procès-verbal de synthèse qui lui est communiqué par le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête²³¹⁴. S'il apporte des réponses, il n'y est pas contraint à ce stade, elles doivent figurer dans le rapport du commissaire enquêteur ou du président de la commission d'enquête²³¹⁵. Si le responsable du projet, plan ou programme n'est ici pas tenu d'apporter des réponses à ce stade, il peut être contraint de se justifier au stade de la décision finale. En effet, l'article L. 126-1 du code de l'environnement impose alors aux autorités de l'État et aux organes délibérants des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics responsables d'un projet de travaux, d'aménagement ou d'ouvrage, de se prononcer, par une « déclaration de projet », sur l'intérêt général de l'opération projetée²³¹⁶. Depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité²³¹⁷, le législateur impose aux autorités publiques de justifier ce caractère d'intérêt général de leur projet au regard de l'ensemble des éléments qui ont conduit à son élaboration. Avant la réalisation du projet, cette déclaration de projet comporte plus qu'une simple motivation de la décision se limitant à des considérations de fait et de droit. En effet, l'article L. 126-1 du code de l'environnement précise que *« la déclaration de projet mentionne l'objet de l'opération tel qu'il figure dans le dossier soumis à l'enquête et comporte les motifs et considérations qui justifient son caractère d'intérêt général. La déclaration de projet prend en considération l'étude d'impact, les avis de l'autorité environnementale et des collectivités territoriales et de leurs groupements consultés en application du V de l'article L. 122-1 et le résultat de la consultation du public. Elle indique, le*

²³¹⁴ Article R. 123-18 du code de l'environnement.

²³¹⁵ Article R. 123-19 du code de l'environnement.

²³¹⁶ Depuis la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

²³¹⁷ Modifiée par l'article 238 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905.

cas échéant, la nature et les motifs des principales modifications qui, sans en altérer l'économie générale, sont apportées au projet au vu des résultats de l'enquête publique (...) ». Par cette prise en compte des résultats de l'enquête publique, la déclaration d'intérêt général doit répondre à la synthèse des observations qui a été réalisée par le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête. La portée de cette règle est précisée par le législateur lui-même. En son absence, aucune autorisation de travaux ne peut être délivrée. Une fois adoptée, un commencement d'exécution des travaux devra avoir été constaté dans un délai de cinq ans à compter de sa publication. L'accès à cette réponse apportée par l'administration sous la forme d'une déclaration de projet reste cependant limité, puisqu'elle fait classiquement l'objet d'une publication officielle ainsi que d'un affichage dans les communes concernées par l'opération. Aucun dispositif d'accès dématérialisé n'est spécifiquement organisé²³¹⁸. Autre limite importante, le dispositif de la déclaration de projet n'est pas organisé pour les plans ou programmes des autorités publiques et n'est jamais requis lorsque le responsable du projet est une personne privée, ce qui signifie que dans ces hypothèses, aucune réponse directe ne sera malheureusement apportée aux observations émises par le public. Cela mériterait une évolution du droit dans le sens d'une généralisation de l'obligation de réponse.

Cette exigence se concrétise également, mais sous une forme amoindrie, dans le cadre des procédures de participation du public régies par les articles L. 123-19 et L. 123-19-1 II du code de l'environnement. Il est prévu qu'*« au plus tard à la date de la publication de la décision et pendant une durée minimale de trois mois, l'autorité administrative qui a pris la décision rend publics, par voie électronique, la synthèse des observations et propositions du public avec l'indication de celles dont il a été tenu compte »*. Le décideur doit ainsi identifier les observations qu'il a retenues, mais sans nécessairement avoir à se justifier. Le public ne sera donc pas avisé de façon générale des conséquences que le responsable du projet, plan ou programme tire de la procédure participative. Il serait donc nécessaire que l'administration justifie également sur quels fondements elle a rejeté certaines observations²³¹⁹. Il faut parallèlement constater que cette mention n'est pas spécifiquement requise dans le cadre des III et IV de l'article L. 123-19-1, relatifs aux communes et groupements de communes de petite taille ainsi que dans celui de l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement, ce qui ne trouve là encore pas de justification.

²³¹⁸ Articles R. 126-1 et suivants du code de l'urbanisme.

²³¹⁹ B. DELAUNAY, « La réforme de la participation du public », *op. cit.*, p. 344.

Il serait intéressant que, dans le cadre de la matière environnementale, toutes les procédures reprennent au moins la règle pourtant fixée à l'article L. 120-1 II du code de l'environnement, selon laquelle « *la participation confère le droit pour le public (...) 4° D'être informé de la manière dont il a été tenu compte de ses observations et propositions dans la décision d'autorisation ou d'approbation* ».

443. En dehors de la matière environnementale, l'exigence est évoquée sans être contraignante à l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, puisque l'administration est invitée à rendre public soit les « *suites* » du processus participatif, donc cette fameuse réponse, soit les « *résultats* », pouvant se limiter donc à la seule synthèse des observations. Une formulation plus claire serait d'ailleurs la bienvenue. En dehors de cette hypothèse, il n'existe pas d'obligation pour l'administration de répondre aux observations émises, ni dans le cadre de la procédure de consultation ouverte sur Internet ni dans le cadre des procédures d'enquête publique régies par le code des relations entre le public et l'administration et par le code de l'urbanisme.

2) *Une exigence permettant de poursuivre l'échange entre les acteurs*

444. La seconde fonction de l'exigence d'une réponse directe aux observations émises consiste à poursuivre l'échange entre les acteurs, afin de ne pas limiter le dialogue à un simple aller-retour « *information préalable – recueil d'observations* ». En obligeant l'administration à apporter une réponse, le droit peut tenter de créer des conditions favorables à un échange juridiquement prolongé d'au moins une étape. Un dialogue se réalise d'autant plus facilement s'il a lieu à l'oral directement devant le décideur, spécialement lors d'une réunion publique. Mais lorsque la procédure est écrite, l'exigence d'une réponse de l'administration constitue le seul moyen d'assurer ce dialogue à l'écrit. Cette volonté de développer l'échange préalable à la prise de décision se retrouve dans certaines procédures contradictoires particulières, afin d'approfondir la phase de discussion entre les différentes parties à l'instar de ce que fait le juge lors de la procédure d'instruction avant de rendre son jugement.

Il est possible ici de citer l'exemple de la procédure de rectification contradictoire en matière fiscale, s'inscrivant dans l'hypothèse d'une procédure dite « bilatérale », c'est-à-dire limitée à un rapport vertical administration-citoyen. L'article L. 57 A du Livre des procédures fiscales dispose que *« en cas de vérification de comptabilité d'une entreprise ou d'un contribuable exerçant une activité industrielle ou commerciale (...), l'administration répond dans un délai de soixante jours à compter de la réception des observations du contribuable faisant suite à la proposition de rectification mentionnée au premier alinéa de l'article L. 57. Le défaut de notification d'une réponse dans ce délai équivaut à une acceptation des observations du contribuable. Le délai de réponse mentionné au premier alinéa ne s'applique pas en cas de graves irrégularités privant de valeur probante la comptabilité »*. Dès lors, pour qu'une telle procédure de rectification contradictoire ait lieu, l'administration fiscale doit d'abord mettre le contribuable en mesure de présenter utilement sa défense et ensuite lui apporter une réponse motivée au regard des observations pertinentes qu'il aura exprimées, dans un délai de soixante jours. Ce n'est qu'une fois la réponse donnée, que l'administration pourra faire aboutir son intention de rectifier le contribuable. L'échange reste en la matière assez limité.

Plus nourri est l'échange organisé devant l'Autorité de la concurrence, dans le cadre d'une procédure dites « triangulaire », c'est-à-dire dans laquelle l'administration intervient pour trancher un litige entre des parties opposées, à l'instar de la procédure contradictoire contentieuse. L'article L. 463-2 du code de commerce prévoit ainsi une double phase d'information et d'échange préalable à la décision en prévoyant que *« le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigné par lui notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier (...) et présenter leurs observations dans un délai de deux mois (...). Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. Les parties ont [à nouveau] un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent »*. Avant de prendre sa décision, l'Autorité de la concurrence doit organiser une seconde phase d'échange permise par l'envoi d'une réponse aux premières observations émises. Et c'est en définitive à la lecture de la décision finale que les participants sauront si leurs observations auront ou non été prises en compte, ce qui constitue une forme de réponse indirecte.

B – Des hypothèses de réponse indirecte aux observations

445. À défaut d'exigence d'une réponse directe, il reste tout à fait possible de se fonder sur la décision finale pour apprécier indirectement la façon dont le responsable du projet ou l'administration en charge de l'approuver a pris en considération les observations émises, éventuellement telles qu'elles ont été synthétisées. La décision finale constitue en quelque sorte une réponse à ces dernières. En l'absence d'obligation pour l'administration d'apporter une réponse d'ensemble aux observations émises, le contrôle de la prise en compte des observations peut éventuellement s'exercer sur deux éléments. Il peut d'abord se fonder sur le contenu même de la décision finale. Il revient ainsi à chacun d'examiner si la décision définitivement adoptée prend ou non en compte les observations exprimées. Cette appréciation peut aussi porter sur les motifs de la décision finale, c'est-à-dire la décision de l'autorité compétente pour approuver ou autoriser le projet, plan ou programme. Or, cette décision n'a pas toujours à être motivée, même lorsque le projet initialement soumis au processus participatif devait lui-même l'être. Le droit n'organise en effet pas de concordance entre la motivation du projet initial et la motivation de la décision finale.

Cette discordance est particulièrement gênante dans les procédures contradictoires. Dans le cadre de ces dernières, l'essentiel de la garantie accordée à l'intéressé vise justement à discuter les motifs du projet de la décision défavorable. L'identification des motifs au stade de la décision permettrait assez simplement de contrôler la prise en compte ou non des observations émises. Lorsque la procédure contradictoire est exigée au regard de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration, la motivation s'impose d'office au regard de la liaison entre les champs de l'exigence d'une procédure contradictoire et de celle de motivation des décisions individuelles défavorables visées à l'article L. 211-2 de même code. Cependant, toutes les mesures prises en considération de la personne ne sont pas visées par l'obligation de motivation. Il serait alors souhaitable que le texte de la décision comporte « *un rappel des principaux éléments de fait et de droit allégués par les parties* »²³²⁰. Il en va de même lorsque le principe général du droit trouve encore à s'appliquer²³²¹.

²³²⁰ G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, (étude comparative), op. cit.*, p. 241.

²³²¹ Voir *supra*, n° 53 et 56.

En matière environnementale, la motivation de la décision peut également permettre à chacun d'analyser cet impact de la participation du public, même s'il ne s'agit pas d'une réponse directe, c'est-à-dire d'une justification du projet au regard des observations émises. Dans ce secteur, la motivation ne s'impose pas de façon générale, quand bien même elle constitue « *un outil juridique très intéressant du point de vue de l'évaluation des effets de la participation sur la décision* ». La motivation permettrait au public au juge « *de pouvoir contrôler le degré de prise en compte des résultats de la participation* »²³²². Selon le député F. Boudié, la motivation de la décision « *constitue un aspect fondamental du devoir d'informer* » et « *le complément, sinon l'aboutissement logique du principe de participation du public* »²³²³. Cette motivation est en effet d'autant plus nécessaire que les décisions qui ont un impact sur l'environnement « *sont soumises précisément à une procédure qui, en elle-même, préfigure et prépare la motivation* »²³²⁴. Même si le paragraphe 9 de l'article 6 de la convention d'Aarhus dispose que « *chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée* », la règle de la motivation de la décision reste malheureusement encore exceptionnelle en droit interne et n'est en réalité présente que lorsqu'un texte la prévoit.

Nous avons déjà vu que la motivation de la décision peut être requise au regard des dispositions spécifiques à certains plans et programmes, ce qui est le cas des schémas de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme²³²⁵, dont le rapport de présentation, intégrant les motifs, et le plan d'aménagement et de développement durable, fixant les orientations, sont parties intégrante de l'acte administratif. Ce faisant, une comparaison est alors possible entre les données telles que présentées au stade de l'enquête publique et celles qui figurent dans le document définitivement adopté. C'est aussi le cas pour le dossier de création d'une zone d'aménagement concerté, dont le rapport de présentation doit présenter les raisons pour lesquelles le projet a été retenu²³²⁶.

Il faut parfois se référer aux dispositions propres à chaque instrument participatif. Lorsqu'un projet est soumis à enquête publique environnementale, l'exigence de motivation n'est réellement prévue qu'en cas d'avis défavorable du commissaire enquêteur ou de la

²³²² J. BÉTAILLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », *RJE*, 2010, n° 2.

²³²³ Débats en séance publique, 21 novembre 2012.

²³²⁴ *Idem.*

²³²⁵ Voir *supra*, n° 329. Articles R. 311-2 et suivants du code de l'urbanisme

²³²⁶ Articles R. 311-2 et suivants du code de l'urbanisme.

commission d'enquête et uniquement pour les projets portés par des collectivités territoriales. L'organe délibérant est invité à prendre une délibération motivée réitérant la demande d'autorisation ou de déclaration d'utilité publique²³²⁷. En dehors de ces hypothèses, le responsable du projet ou l'administration compétente pour l'autoriser n'a pas à présenter les motifs de la décision finale. Plus intéressante est la règle de motivation organisée pour les procédures de consultation du public régies par les articles L. 123-19 et L. 123-19-1 du code de l'environnement, en vertu desquelles, « *au plus tard à la date de la publication de la décision et pendant une durée minimale de trois mois, l'autorité administrative qui a pris la décision rend publics, par voie électronique, la synthèse des observations et propositions du public avec l'indication de celles dont il a été tenu compte, les observations et propositions déposées par voie électronique ainsi que, dans un document séparé, les motifs de la décision* »²³²⁸. Pour F. Jamay, « *cette nouvelle obligation apparaît comme un pas supplémentaire dans la recherche d'une prise en compte des effets de la participation* »²³²⁹. Malheureusement, la motivation n'est organisée ni dans le cadre de l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement, ni dans le cadre des procédures de consultation du public régies par le code des relations entre le public et l'administration. Une démarche de simplification devrait conduire le législateur à généraliser cette exigence de motivation au moins lorsqu'un projet, plan ou programme a fait l'objet d'une procédure participative.

446. Ici encore, c'est la diversité qui s'impose. La diffusion d'un document formalisant la prise en compte des points de vue ne présente pas d'enjeu particulier lorsque les résultats du processus participatif se résument à un simple vote, à la suite d'un processus référendaire ou de la délibération d'un organe collégial décisionnel. Un simple procès-verbal suffit. Inversement, la mise en œuvre de cette exigence garantissant la sincérité de la participation est particulièrement utile lorsque ses résultats aboutissent à des observations construites. Pour que l'avis d'un organe collégial consultatif puisse éclairer l'administration, il doit pouvoir exprimer un raisonnement. Cela implique qu'il retranscrive les opinions émises par les différents membres de l'organe, *a minima* lorsqu'ils en font la demande. À la suite d'une procédure de

²³²⁷ Les articles R. 112-23 du code de l'expropriation et R. 134-30 du code des relations entre le public et l'administration prévoit une disposition analogue pour les projets communaux. À noter que cette décision motivée réitérant la demande n'est pas exigée pour un opérateur privé et il serait difficile de l'exiger en l'absence de décision administrative susceptible de recours.

²³²⁸ Articles L. 123-19 III et L. 123-19-1 II alinéa 7 du code de l'environnement.

²³²⁹ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

participation du public, la rédaction d'une synthèse des observations témoigne du temps accordé par l'organisateur à leur examen et garantit une retranscription cohérente des résultats du processus à l'adresse du responsable du projet et, s'il diffère, de l'autorité compétente pour l'autoriser. L'exigence d'une réponse à la synthèse des observations renforce encore la prise en compte des observations. Ces deux exigences devraient pouvoir être systématisées. Lors d'une procédure contradictoire, l'intervention de la décision finale constitue la réponse aux observations émises, mais encore faut-il qu'elle soit motivée, ce qui permet de vérifier que l'administration a bien pris en compte les observations émises par la personne intéressée dans le cadre de sa défense. Parallèlement à cette question des formes de la prise en compte du point de vue, le droit peut aussi prévoir des garanties temporelles.

Section 2 – L'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue

447. Le régime juridique des instruments de la participation du citoyen à la décision administrative connaît aussi, mais plus ponctuellement, des délais utiles et raisonnables garantissant au citoyen la prise en compte par l'administration du point de vue qu'il a exprimé. Il peut d'abord s'agir pour le législateur d'imposer un délai minimal séparant la clôture du processus participatif de la prise de la décision, afin de s'assurer que l'administration s'est bien accordée un temps nécessaire à l'examen des points de vue exprimés (§ 1). Parallèlement, le législateur peut aussi prévoir des garanties temporelles postérieures à la décision finale, afin d'accorder pendant une durée déterminée une valeur aux points de vue émis (§ 2).

§ 1 – La formalisation ponctuelle de l'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue préalablement à la décision administrative

448. Si la rédaction d'une synthèse des observations et l'exigence d'une forme de réponse à celle-ci visent à garantir formellement voire substantiellement leur prise en compte, le citoyen peut légitimement revendiquer une garantie temporelle complémentaire visant à lui assurer que le responsable du projet, plan ou programme ou l'administration décisionnaire a bien pris le temps nécessaire pour l'examen et la prise en compte des points de vue exprimés. Le cadre

temporel de la participation du citoyen à la décision administrative semble ne pas devoir se limiter à la faculté pour le citoyen de prendre connaissance de l'information préalable, de préparer et d'exprimer son point de vue. Dans l'idéal, un nouveau délai utile devrait pouvoir intervenir entre la clôture du processus permettant au citoyen d'exprimer son point de vue, reformulé au sein d'une synthèse ou d'un compte-rendu, et la date de la réponse ou de la décision. Il ne s'agit certes que d'une garantie apparente et purement formelle, mais elle constitue une règle de bonne administration de nature à légitimer l'action administrative, en ce sens que l'administration se donne un moyen de contrecarrer les idées selon lesquelles les points de vue exprimés ne seraient que très rarement pris en compte, et que les décisions sont déjà arrêtées bien en amont. « *Approuver le projet immédiatement après que ce bilan soit dressé implique qu'il n'est tenu aucun compte de celui-ci dans le contenu du projet, ce qui revient à consacrer la totale inutilité de la procédure ainsi suivie* »²³³⁰. Il faut donc qu'un délai minimal soit imposé « *afin que l'autorité administrative n'agisse pas trop vite et prenne utilement connaissance des observations faites* »²³³¹. Cependant, le droit positif n'accorde qu'une place très limitée à cette garantie temporelle (A), peut-être parce que l'apport de cette garantie n'est pas toujours certain (B).

A – Le champ d'application limité de la garantie

449. L'étude du droit positif ne conduit pas à affirmer qu'existe concrètement un droit spécifique à un délai utile préalable à la décision permettant la prise en compte du point de vue. Cette garantie n'est formalisée ni dans la convention d'Aarhus ni à l'article L. 120-1 du code de l'environnement. Dans de nombreuses hypothèses, les textes reconnaissent au contraire la faculté pour l'administration de prendre sa décision le même jour que la publication de la synthèse des observations. Ainsi en va-t-il dans le cadre de la procédure de consultation ouverte sur Internet, pour laquelle l'article R. 132-6 du code des relations entre le public et l'administration dispose que la synthèse des observations devra intervenir « *au plus tard à la date de la signature de l'acte ayant fait l'objet de la consultation* ». De la même façon, pour les procédures de concertation régies par le code de l'urbanisme, l'article R. 153-3 précise que « *la délibération qui arrête le projet de plan local d'urbanisme peut simultanément tirer le bilan de*

²³³⁰ J.-P. DEMOUVEAUX, « La concertation : un art de l'insuffisance », *op. cit.*, p. 34.

²³³¹ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 5^e édition, 2017, p. 301.

la concertation organisée en application de l'article L. 103-6 »²³³². Une disposition similaire est prévue pour les schémas de cohérence territoriale²³³³. Dès lors, rien ne garantit là encore que l'administration s'accorde un temps suffisant pour l'analyse des résultats de la procédure précoce de participation du public. Cette situation se présente encore pour les procédures de débat public et de concertation régies par le code de l'environnement. L'article L. 121-12 dispose que l'ouverture de l'enquête publique ou de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 123-19 ne peut être décidée « *qu'à compter (...) de la date de publication du bilan* » de la procédure de débat public ou de concertation préalable. Elle peut donc intervenir dès la publication du bilan. Il peut en aller de même concernant l'exigence de rédaction d'une réponse en vertu de l'article L. 121-13. Si elle doit intervenir dans le délai de trois mois après la publication du bilan et être jointe au dossier de l'enquête, rien ne garantit que cette réponse ne soit pas élaborée le jour même de la publication du bilan.

450. En définitif, la formalisation de l'exigence d'un délai utile entre la clôture du processus participatif et la prise de décision n'est juridiquement organisée que dans le cadre de deux dispositifs. Mais, même expressément reconnue, la portée de cette garantie temporelle doit être relativisée.

En matière d'enquête publique environnementale, plusieurs dispositions contribuent à imposer *de jure* ou *de facto* cette exigence de délai utile. De façon générale, il est prévu que « *dès réception du registre et des documents annexés, le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête rencontre, dans la huitaine, le responsable du projet, plan ou programme et lui communique les observations écrites et orales consignées dans un procès-verbal de synthèse. Le responsable du projet, plan ou programme dispose d'un délai de quinze jours pour produire ses observations éventuelles* »²³³⁴. Ainsi, avant de rendre son rapport et ses conclusions motivées, le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête doit respecter un délai de quinze jours permettant au responsable du projet, plan ou programme d'analyser les observations émises et de rendre ses réponses éventuelles. Mais si cette disposition garantit largement l'exigence d'un délai utile de prise en compte des points de vue exprimés au regard du responsable du projet, se pose la question de leur prise en compte par

²³³² Il en va de même lors d'une révision d'un plan local d'urbanisme ; voir article R. 153-12 du code de l'urbanisme.

²³³³ Article R. 143-7 du code de l'urbanisme.

²³³⁴ Article R. 123-18 du code de l'environnement.

l'autorité décisionnaire lorsqu'elle diffère du responsable du projet, plan ou programme, c'est-à-dire que la décision est prise sur demande. Dans ce cas, aucun délai utile n'est juridiquement requis, et rien n'interdit à l'administration de prendre sa décision finale le jour de la réception du rapport du commissaire enquêteur. Il n'y a guère que dans une hypothèse où un délai de prise en compte des observations peut être caractérisé. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'autorité compétente décide d'organiser, dans un délai de deux mois après la clôture de l'enquête, une réunion publique en présence du maître d'ouvrage afin de répondre aux éventuelles réserves, recommandations ou conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête²³³⁵.

L'exigence d'un délai utile de prise en compte du point de vue est plus explicitement formalisée au sein des articles L. 123-19²³³⁶, L. 123-19-1 et L. 123-19-2 du code de l'environnement, qui disposent chacun que « *le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations et propositions déposées par le public* ». Ce délai est fixé à quatre jours pour les décisions soumises aux articles L. 123-19 et L. 123-19-1 et à trois jours pour les décisions soumises à l'article L. 123-19-2, sauf en cas d'absence d'observation²³³⁷ ou d'hypothèse d'urgence²³³⁸. Si cette formulation semble imposer l'exigence d'un délai utile, sa mise en œuvre concrète le dément malheureusement, puisque ces dispositions prennent pour point de départ de ce délai utile la clôture de la consultation et non la publication de la synthèse des observations et propositions, qui intervient en principe « *au plus tard à la date de publication de la décision* » au terme des II et III de l'article L. 123-19-1. Dans ce cadre, le délai utile de quatre jours permet en réalité « *la prise en considération des observations et propositions déposées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations et propositions* »²³³⁹, qui peuvent tous deux intervenir le même jour, ce qui revient à priver le public de la garantie qui devrait lui être accordée. Il n'est pas certain que l'autorité décisionnaire ait bien pris le temps de consulter cette synthèse, qui n'est dans les faits pas rédigée par cette autorité, mais par des agents administratifs ou un garant extérieur. La synthèse n'a donc pas pour fonction de préparer la prise de décision, mais uniquement de la justifier. En l'absence d'obligation de rédaction d'une synthèse des

²³³⁵ Article L. 123-15 du code de l'environnement.

²³³⁶ L'alinéa 3 de cet article rend ici applicable en cette matière les dispositions de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement.

²³³⁷ Cette exception n'est pas reprise en cas de réunion publique dans le cadre de l'article L. 123-19-1 IV du code de l'environnement.

²³³⁸ Article L. 123-19-3 alinéa 2 du code de l'environnement.

²³³⁹ Si cette rédaction n'est prévue que pour le II de l'article L. 123-19-1, elle représente également la situation du III de ce même article.

observations dans les communes de moins de 2 000 habitants²³⁴⁰ et pour l'ensemble des décisions individuelles soumises à la procédure régie par l'article L. 123-19-2 du code de l'environnement, les délais respectivement de quatre et trois jours sont encore privés d'effet. Respecter un délai utile sans rédaction d'une synthèse n'a pas réellement de sens, puisque le délai utile constitue un accessoire de la rédaction de cette synthèse.

B – Une garantie pas toujours nécessaire

451. Comme pour l'exigence de prise en compte formelle du point de vue, l'exigence d'un délai utile garantissant la prise en compte des points de vue exprimés n'est utile que lorsque le responsable du projet ou l'autorité compétente a affaire à des points de vue émis sous la forme d'observations, dont le contenu nécessite une analyse approfondie. Elle fait ainsi sens pour les procédures de participation du public et les procédures contradictoires. De la même façon, l'exigence d'un tel délai utile peut être pertinente pour manifester la prise en compte des observations contenues dans un avis motivé, spécialement lorsqu'il est défavorable. Inversement, la garantie ne présente pas d'intérêt si le point de vue manifeste seulement l'expression d'un simple vote positif ou négatif, dont l'analyse est rapidement effectuée. Il en va ainsi lors d'un processus référendaires et lorsqu'une personne, une autorité ou un organe rend un avis non motivé.

452. Ensuite, l'exigence ne semble en principe pas avoir d'intérêt dans le cadre de la participation indirecte du citoyen au sien d'un organe collégial. En effet, pour le membre d'un organe collégial délibérant ou consultatif, il n'existe pas par principe de règle selon laquelle ce dernier serait en droit de faire respecter un délai de latence entre le moment où il donne son point de vue oralement durant la discussion et le moment où il faut délibérer. Cela n'aurait même aucun sens. En réalité, ces deux étapes sont très malaisément distinguables. Le juge se contente de s'assurer que chaque membre ait pu s'exprimer, s'il le souhaite, avant de passer au vote. Le respect de l'exigence induirait une séance pour discuter et une séance pour délibérer, ce qui entraînerait une lourdeur bien mal venue. Dans l'esprit de la collégialité, c'est bien le

²³⁴⁰ Article L. 123-19-1 IV du code de l'environnement.

temps consacré à la discussion préalable avant le vote qui remplit cette fonction. Par la faculté de s'exprimer oralement devant ses pairs, il est formellement garanti au citoyen la prise en compte de son point de vue. La collégialité s'inscrit dans la philosophie d'un avis ou d'une décision qui se prépare à plusieurs et qui naît de la confrontation des points de vue et des idées exprimés dans le cadre de la discussion préalable au vote. Le mûrissement de la réflexion personnelle est alors surtout le fruit d'échanges émis par un groupe d'hommes et de femmes réunies autour d'une même table. Toutefois, s'il s'agit d'une réalité pour les projets qui ne présentent pas de degré de complexité, l'étude d'un projet complexe ou volumineux restera très sommaire lors de la réunion de l'organe, se limitant généralement à l'étude de l'économie générale des points à l'ordre du jour. Le temps nécessaire à une étude approfondie d'un tel projet est forcément plus long. C'est souvent à ce titre que des commissions de travail en formation restreinte sont mises en place pour approfondir le travail avant même la réunion de l'organe en formation plénière. D'une certaine façon, la pratique de ces réunions préalables contribue à cantonner le rôle des organes collégiaux à des chambres d'enregistrement, qu'il s'agisse d'adopter une décision ou de rendre un avis.

Seule peut différer l'hypothèse où la délibération de l'organe collégial est organisée par correspondance durant une durée plus longue qu'une classique réunion en présentiel. L'article 3 de l'ordonnance du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial²³⁴¹ permet un temps de préparation du point de vue dans le cadre de la phase de discussion préalable. Pour ce faire, « *les observations émises par chacun des membres sont immédiatement communiquées à l'ensemble des autres membres participants ou leur sont accessibles, de façon qu'ils puissent y répondre pendant le délai prévu pour la délibération, afin d'assurer le caractère collégial de celle-ci* ». Le vote a alors lieu dans un second temps, qui peut ne pas suivre immédiatement la phase de discussion préalable. En cette matière, tout dépend de la pratique.

453. Parallèlement, si un délai utile n'est en principe pas nécessaire pour les membres des organes collégiaux vis-à-vis de la prise en compte de leur point de vue, se pose la question de savoir s'il y a besoin juridiquement de prévoir un tel délai utile lorsque le décideur est un organe collégial ayant à se prononcer à la suite d'un processus participatif. Pour les membres d'une

²³⁴¹ Ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial, *JO*, n° 0258, 7 novembre 2014, p. 18779.

assemblée délibérante locale, le délai de convocation des membres de l'organe remplit la fonction du délai utile de prise en considération du point de vue. En effet, les avis émis ou la synthèse des observations constituent des documents préparatoires, dont l'accès doit être accordé sur demande durant le délai de convocation. Ces documents sont ainsi théoriquement disponibles dès la convocation, de sorte que les élus locaux aient le temps de prendre connaissance des avis émis ou de la synthèse des observations produits. Cependant, la pratique peut différer sensiblement de cet idéal. Il est assez rare que les membres demandent l'accès aux documents préparatoires durant le délai de convocation et encore davantage que l'exécutif les communique d'office. Il n'est d'ailleurs pas toujours garanti que l'administration dispose de l'intégralité des éléments d'information au stade de la convocation. Elle prend alors le risque de ne pas pouvoir respecter le droit à l'information des élus locaux. Enfin, il n'y aura généralement pas d'étude détaillée des points de vue exprimés lors de la séance. La présentation se limite souvent à l'exposé des éléments essentiels, spécialement l'indication de l'existence d'un avis favorable ou défavorable. Comme l'a affirmé le Conseil d'État, les dispositions textuelles relatives à l'enquête publique « *n'exigent pas (...) que l'organe délibérant débatten spécifiquement des conclusions du commissaire enquêteur, mais lui imposent (...) de délibérer sur le projet (...), en ayant eu connaissance du sens et du contenu des conclusions du commissaire enquêteur* ». Tout membre restant à même d'interroger l'exécutif au cours de la discussion, libre à lui d'y répondre. Or, « *la philosophie d'une concertation sincère imposerait de vérifier qu'un temps a bien été consacré à un débat au sein de l'autorité délibérante sur ce bilan et que le projet n'ait été arrêté qu'après la vérification que les arguments échangés au cours de la procédure ont bien été étudiés. [La jurisprudence] se satisfait, dans une conception a minima de la concertation, de ce que le maire a bien matériellement procédé à la présentation de ce bilan avant le vote. Cette attitude a l'inconvénient de valider (...) des hypothèses dans lesquelles, (...) les votes sur ces questions sont noyés, sans analyse de la complétude et de la sincérité du bilan de la concertation et sans aucun débat, dans le flot des décisions à prendre au cours de la réunion* »²³⁴².

Mis à part ces tempéraments, l'exigence d'un tel délai utile semble ainsi devoir surtout exister lorsque le décideur est une autorité unipersonnelle.

²³⁴² J.-C. HÉLIN, « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme », *AJDA*, 2006, p. 2332 et s.

§ 2 – La formalisation ponctuelle de l'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue postérieurement à la décision administrative

454. Encore plus ponctuellement, le droit positif organise de nouvelles exigences temporelles de prise en compte du point de vue au stade du renouvellement du processus participatif, afin d'accorder pendant une durée déterminée une valeur aux points de vue émis. Cette situation se présente sous la forme d'un délai utile au sein des processus référendaires (A) et sous la forme d'un délai raisonnable pour les procédures de participation du public (B).

A – Le délai utile de prise en compte du processus référendaire

455. Depuis la loi ATR du 6 février 1992²³⁴³, le droit positif organise un délai de décence en matière référendaire visant à garantir aux électeurs la prise en compte de leur vote durant un délai minimum. Il était initialement prévu qu'un délai d'un an devait systématiquement s'écouler entre deux consultations. Ce délai était porté à deux ans pour des consultations portant sur un même objet²³⁴⁴. Depuis la loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales²³⁴⁵, ce délai a été raccourci à un an et il n'existe plus de règle interdisant l'usage successif du référendum local ou des consultations locales des électeurs portant sur des objets différents. Il s'agit alors de garantir la prise en compte du vote des électeurs, spécialement lorsqu'il est défavorable. En pareille hypothèse, la collectivité locale ayant décidé du processus référendaire pourrait être tentée de renouveler l'opération afin de forcer la main du corps électoral, ce qui serait particulièrement insincère. L'existence de ce délai utile se justifie au regard de la solennité de l'expression du corps électoral, qu'il se prononce à titre décisionnel ou à titre consultatif. Un tel dispositif n'a cependant pas été prévu pour les consultations locales des électeurs régies par le code de l'environnement, sans que l'on puisse y trouver une véritable raison, sauf à ce que le législateur se soit déjugé sur l'intérêt de ce délai utile de prise en compte du processus référendaire.

²³⁴³ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

²³⁴⁴ Article L. 125-5 de l'ancien code des communes.

²³⁴⁵ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JO*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545.

Il faut relever deux limites au dispositif. D'abord, il faut pointer une faille juridique. L'article LO 1112-6 alinéa 3 du code général des collectivités territoriales dispose qu'« *une collectivité territoriale ne peut organiser plusieurs référendums locaux portant sur un même objet dans un délai inférieur à un an* ». De son côté, l'article L. 1112-21 alinéa 2 dispose que « *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* ». Il ressort de la rédaction proposée que l'organisation d'une consultation des électeurs n'empêcherait pas de procéder ultérieurement à un référendum local, puisque cette hypothèse n'est pas visée explicitement par le code général des collectivités territoriales, même si la philosophie du dispositif semble l'interdire. Ensuite et surtout, il n'est nul besoin pour la collectivité territoriale de renouveler le processus référendaire pour remettre en cause un référendum local ou une consultation locale des électeurs, surtout lorsqu'il a conduit à l'émission d'un vote défavorable. Cette collectivité peut juridiquement adopter une décision contraire aux résultats du vote, puisqu'il n'y a qu'un vote favorable résultant d'un référendum local qui emporte la décision. Bien sûr, d'un point de vue strictement politique, cette situation est moins vraie. Adopter une décision contraire aux résultats des urnes s'apparente à un déni de démocratie. Ce raisonnement n'est pas transposable aux autres processus participatifs.

B – La caducité des procédures de participation du public

456. En principe, « *l'administration peut laisser s'écouler un certain temps entre l'avis et l'édiction de la décision concernée* »²³⁴⁶. Le droit impose le renouvellement d'une procédure de participation du public uniquement lorsqu'un projet, plan ou programme connaît des modifications substantielles ou lorsque les circonstances de fait ou de droit le justifiant connaissent des modifications substantielles²³⁴⁷. « *Les opérations (...) resteront valables aussi longtemps qu'une altération grave n'affectera pas soit le projet lui-même, soit le cadre dans lequel il doit être réalisé, soit les deux* »²³⁴⁸. Or, sans en généraliser l'exigence à tous les

²³⁴⁶ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 63.

²³⁴⁷ CE 29 juillet 1950, Bornet, *Rec.*, p. 580 ; CE, 18 février 1970, Dame Grumach, *Rec.*, p.118.

²³⁴⁸ G. LIET-VEAUX, « Du délai dans lequel doit intervenir une décision précédée d'une concertation », *DA*, octobre 2004, prat. 10.

instruments participatifs, les textes organisent trois dispositifs imposant des délais raisonnables au terme desquels la procédure de participation du public est périmée et son renouvellement s'impose d'office. Il s'agit alors de considérer que la participation du public n'a d'intérêt que si le responsable réalise son projet dans un délai décent. Dans ce cas, « *la longueur du délai (...) joue comme une présomption et entraîne dans tous les cas la péremption de la procédure* »²³⁴⁹.

Le premier dispositif vise les projets, plans et programmes relevant de l'article L. 121-8, c'est-à-dire soumis obligatoirement ou facultativement à la Commission nationale du débat public. L'article L. 121-12 prévoit que l'ouverture de l'enquête publique prévue ou de la participation par voie électronique peut être décidée au plus tard dans le délai de huit ans qui suit la date à partir de laquelle un débat public ou la concertation préalable ne peut plus être organisé(e) ou de la date de publication du bilan ou à l'expiration du délai imparti au président de la commission pour procéder à cette publication. Au-delà de ce délai, la commission ne peut décider de relancer la concertation préalable avec le public que si les circonstances de fait ou de droit justifiant le projet, plan ou programme ont subi des modifications substantielles.

Il en va de même pour le second dispositif organisé dans le cadre de l'enquête publique environnementale. Selon l'article R. 123-24 du code de l'environnement, « *sauf disposition particulière, lorsque les projets qui ont fait l'objet d'une enquête publique n'ont pas été entrepris dans un délai de cinq ans à compter de l'adoption de la décision soumise à enquête, une nouvelle enquête doit être conduite, à moins que, avant l'expiration de ce délai, une prorogation de la durée de validité de l'enquête ne soit décidée par l'autorité compétente pour prendre la décision en vue de laquelle l'enquête a été organisée. Cette prorogation a une durée de cinq ans au plus. La validité de l'enquête ne peut être prorogée si le projet a fait l'objet de modifications substantielles ou lorsque des modifications de droit ou de fait de nature à imposer une nouvelle consultation du public sont intervenues depuis la décision arrêtant le projet* ».

Dans le cadre de la déclaration d'utilité publique, il est prévu que « *l'acte déclarant l'utilité publique précise le délai accordé pour réaliser l'expropriation. Il ne peut excéder cinq ans, si la déclaration d'utilité publique n'est pas prononcée par décret en Conseil d'État en application de l'article L. 121-1. Toutefois, si les opérations déclarées d'utilité publique sont prévues par des plans d'occupation des sols, des plans locaux d'urbanisme ou des documents*

²³⁴⁹ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 469.

d'urbanisme en tenant lieu, cette durée maximale est portée à dix ans »²³⁵⁰. Toutefois, « l'acte déclarant l'utilité publique ou la décision refusant de la déclarer intervient au plus tard un an après la clôture de l'enquête préalable. Ce délai est augmenté de six mois lorsque la déclaration d'utilité publique ne peut être prononcée que par décret en Conseil d'État »²³⁵¹.

457. Les délais utiles et raisonnables de prise en compte du point de vue ne méritent pas d'être généralisés au sein du régime juridique des instruments de la participation du public à la décision administrative. Il ne semble pas pertinent de généraliser les délais utiles interdisant le renouvellement de la procédure avant un délai de rigueur en dehors de la question du respect d'une votation populaire. Il ne semble pas non plus utile d'étendre les délais raisonnables durant lesquels un projet doit être réalisé. Il peut en aller autrement du délai utile de prise en compte d'observation avant l'adoption de la décision finale, qui constitue une garantie complémentaire à la rédaction d'une synthèse des observations. Pour cette dernière, il pourrait être intéressant d'assurer systématiquement un délai de cinq jours entre la publication de la synthèse des observations et la décision approuvant le projet, plan ou programme, afin de garantir son élaboration lors du point de départ du délai de convocation d'un organe collégial, tout en assurant cette garantie temporelle pour les autorités unipersonnelles. La doctrine pourrait être tentée d'y voir des éléments de complexification de l'action administrative, mais il faudrait alors rétorquer que les hypothèses d'urgence visant justement à répondre à cette crainte.

²³⁵⁰ Article L. 121-4 du code de l'expropriation.

²³⁵¹ Article L. 121-2 du code de l'expropriation.

Conclusion du Chapitre 1

458. Si la participation implique la prise en compte du point de vue exprimé par le citoyen, la traduction juridique de cette exigence de sincérité ne peut ici encore pas recouvrir une réalité unique. La production d'un document formalisant la prise en compte des observations et le respect d'un délai utile préalable à la décision n'a pas d'intérêt particulier lorsque les résultats du processus participatif se résument à l'expression d'un vote favorable ou défavorable. Le résultat se vaut à lui-même. Mais lorsque la participation débouche sur l'émission d'observations construites, une manifestation de leur prise en compte apparaît nécessaire. Le premier palier consiste à assurer la diffusion d'une synthèse des observations. Le deuxième palier implique une motivation de la décision finale, ce qui permet l'exercice d'une comparaison entre le projet initial et le projet final. Le troisième palier réside dans l'exigence d'une réponse à la synthèse des observations, puisqu'elle témoigne d'une prise en compte substantielle des observations. Ces trois stades font encore l'objet d'un développement qui manque de rigueur. Le législateur serait particulièrement fondé à les systématiser au sein des procédures qu'il institue pour garantir la sincérité de la participation. Le quatrième palier voit se mettre en place des délais de prise en considération de ces observations, préalablement et postérieurement à la prise de la décision. Il trouve cependant un moindre écho en droit positif, qui semble se suffire des trois autres paliers pour garantir la sincérité de la participation dans la prise en compte du point de vue. Cette exigence peut impliquer parallèlement la mise en œuvre de deux autres garanties de nature organique, à savoir la présence d'un tiers garant et l'accès au juge.

Chapitre 2 – Les garanties organiques plurielles de la participation

459. L'exigence générale de sincérité de la participation implique deux garanties organiques. La première réside dans la présence d'un tiers garant de la participation, permettant au citoyen d'intervenir dans le cadre d'un processus conduit de façon objective par une autorité neutre. Cette garantie organique reste cependant ponctuelle (Section 1). Son champ d'application n'est pas étendu à l'ensemble des instruments participatifs, mais essentiellement aux dispositifs invitant le citoyen à présenter des observations, que sont les procédures contradictoires ou les procédures de participation du public. En outre, vis-à-vis de ces modèles participatifs, la présence d'un tiers garant n'est pas requise de façon systématique, puisque cette exigence organique ne se concrétise que dans le cadre de quelques procédures bien identifiées. Parallèlement, comme tout droit protégé juridiquement, la participation sincère implique un droit au recours, afin que le citoyen puisse revendiquer devant le juge ses droits à l'information, à l'expression et la prise en compte des observations, à des délais utiles et raisonnables et à la présence d'un tiers garant. Or, l'exigence de sécurité juridique relativise fortement l'intérêt de cette garantie (Section 2).

Section 1 – La présence ponctuelle d'un tiers garant de la participation

460. Les définitions proposées par le droit positif pour apprécier le régime de la participation n'évoquent jamais l'existence d'un tiers garantissant au citoyen ses droits à l'information préalable, à l'expression et à la prise en compte de son point de vue. De ce fait, la présence d'un tiers garant n'intègre pas la base commune de la participation. Cette garantie apparaît dans le cadre de certaines procédures contradictoires et de certaines procédures de participation ouverte. Dans ces hypothèses, la mise en place du tiers garant apparaît comme « *une des solutions à la trop importante maîtrise des procédés de participation par l'administration, dénoncée par la doctrine et certains acteurs de cette participation* »²³⁵². Plus précisément, son rôle consiste à recevoir et à synthétiser les observations émises, ce qui constitue le « noyau dur » de cette garantie organique. Ponctuellement, cet acteur peut se voir attribuer des

²³⁵² Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 515.

prérogatives complémentaires perfectionnant sa mission de tiers garant. Pour que le citoyen puisse bénéficier réellement de cette garantie, encore faut-il que le statut de cette tierce autorité réponde à l'exigence de neutralité, c'est-à-dire d'indépendance et d'impartialité. Pour répondre à l'ensemble de ces exigences intéressant la présence, le rôle et le statut du tiers garant, il convient d'apprécier de façon distincte les deux domaines de prédilection de cette garantie organique, à savoir les procédures environnementales de participation (Section 1) et de façon plus relative les procédures contradictoires (Section 2).

§ 1 – Le tiers garant des procédures environnementales de participation

461. Les procédures environnementale de participation offrent aujourd'hui le cadre le plus favorable à la présence d'un tiers chargé de garantir la sincérité du processus participatif, bien que sa présence ne soit pas systématique. Seules les procédures d'enquête publique, de débat public, de concertation préalable et le dispositif de la consultation locale des électeurs régi par le code de l'environnement accueillent la présence d'un tiers garant²³⁵³. Pour ces procédures, si l'étendue de sa mission peut varier substantiellement (A), le tiers garant est soumis à un statut commun garantissant son indépendance, son impartialité et sa compétence (B). L'intérêt que présente cette garantie organique pour la participation du public pose alors la question de savoir s'il ne serait pas nécessaire de généraliser, ou du moins d'étendre, le champ d'application (C).

A – La variation des missions confiées au tiers garant

462. Lorsqu'il est présent, le rôle du tiers garant varie entre deux catégories de missions. Au titre de ses missions de base, il est à titre principal un garant de l'information préalable, de l'expression et de la prise en compte des observations (1). Parallèlement, il peut également se

²³⁵³ En outre, l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 a organisé la présence d'un tiers garant chargé de veiller à la bonne information et à la participation du public après un débat public ou une concertation préalable décidée par la Commission nationale du débat public jusqu'à l'ouverture de l'enquête publique, ce qui constitue une procédure participative non codifiée à ce jour. Article L. 121-14 du code de l'environnement.

voir confier des prérogatives complémentaires en lien avec sa mission, mais qui ne sont pas partagées pas toutes les catégories de garants (2).

1) *Un tiers garant de l'information, de l'expression et de la prise en compte des observations*

463. Derrière l'unité apparente de la mission de base confiée au tiers garant se cache une réalité plurielle puisque, s'il est en principe chargé de recevoir et de synthétiser les observations du public (a), il n'est pas toujours bien armé pour garantir l'information du public (b).

a) *Un tiers chargé de recevoir et de synthétiser les observations*

464. La première forme de tiers garant est apparue très tôt au sein des enquêtes publiques par l'institution d'un commissaire enquêteur ou d'une commission d'enquête. L'origine de cette fonction remonte à la Révolution. La présence du commissaire enquêteur a suivi la diversification du champ d'application et du régime des enquêtes publiques au sein du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, du code de l'environnement et désormais du code des relations entre le public et l'administration. Au titre de l'article L. 123-13 I du code de l'environnement, le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête « *conduit l'enquête de manière à permettre au public (...) de participer effectivement au processus de décision en lui permettant de présenter ses observations et propositions* »²³⁵⁴. À cette fin, le rôle du commissaire enquêteur consiste à recevoir les observations écrites du public, qu'elles soient déposées sur un registre papier ou qu'elles lui soient directement adressées par correspondance postale ou électronique. En outre, il est chargé de recevoir les observations orales, puisqu'il se tient à la disposition du public aux lieux, dates et heures prévues dans l'arrêté d'ouverture de l'enquête²³⁵⁵.

²³⁵⁴ Cette définition du rôle du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête n'a pas été formalisée au sein du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et du code des relations entre le public et l'administration.

²³⁵⁵ Article L. 123-13 du code de l'environnement ; article R. 112-17 du code de l'expropriation, article R. 134-24 du code des relations entre le public et l'administration.

S'il revient au commissaire enquêteur de recevoir les observations du public, c'est pour qu'une synthèse en soit faite à destination du responsable du projet, plan ou programme et, lorsqu'elle diffère, à destination de l'autorité compétente pour prendre la décision finale. Le déroulement précis de cette mission diffère toutefois selon la typologie d'enquête concernée. À l'expiration d'une enquête publique environnementale, le commissaire enquêteur est chargé de la rédaction d'un procès-verbal de synthèse des observations écrites et orales, qu'il doit communiquer au responsable du projet, plan ou programme dans un délai de huit jours à compter de la clôture de l'enquête. Le responsable du projet, plan ou programme dispose alors d'un délai de quinze jours pour produire ses réponses éventuelles²³⁵⁶. Parallèlement, il revient au commissaire enquêteur de transmettre à l'autorité compétente ainsi qu'au président du tribunal administratif²³⁵⁷ un rapport de fin d'enquête, accompagnée de conclusions motivées, dans un délai de trente jours à compter de la fin de l'enquête²³⁵⁸. La rédaction de ce rapport de fin d'enquête sert à l'autorité compétente pour prendre sa décision. Pour cette raison, le contenu du rapport de fin d'enquête est plus large que la simple synthèse des observations²³⁵⁹. S'il comprend cette dernière, il doit aussi relater le déroulement de l'enquête et procéder à un examen des observations recueillies. Pour ce faire, il comporte des éléments génériques sur l'objet du projet soumis à enquête, à savoir « *rappel de l'objet du projet, plan ou programme, la liste de l'ensemble des pièces figurant dans le dossier d'enquête* ». Alors que cette information devrait intégrer la synthèse des observations, il est prévu que le rapport doit parallèlement à cette dernière « *faire état des contre-propositions qui ont été produites durant*

²³⁵⁶ Article R. 123-18 du code de l'environnement.

²³⁵⁷ L'article R. 123-19 du code de l'environnement précise que « *le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête transmet à l'autorité compétente pour organiser l'enquête l'exemplaire du dossier de l'enquête déposé au siège de l'enquête, accompagné du ou des registres et pièces annexées, avec le rapport et les conclusions motivées. Il transmet simultanément une copie du rapport et des conclusions motivées au président du tribunal administratif* ».

²³⁵⁸ L'article L. 123-15 du code de l'environnement précise que « *si ce délai ne peut être respecté, un délai supplémentaire peut être accordé à la demande du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête par l'autorité compétente pour organiser l'enquête, après avis du responsable du projet* ». Il précise aussi que « *si, à l'expiration du délai prévu au premier alinéa, le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête n'a pas remis son rapport et ses conclusions motivées, ni justifié d'un motif pour le dépassement du délai, l'autorité compétente pour organiser l'enquête peut, avec l'accord du maître d'ouvrage et après une mise en demeure du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête restée infructueuse, demander au président du tribunal administratif ou au conseiller qu'il délègue de dessaisir le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête et de lui substituer son suppléant, un nouveau commissaire enquêteur ou une nouvelle commission d'enquête ; celui-ci doit, à partir des résultats de l'enquête, remettre le rapport et les conclusions motivées dans un maximum de trente jours à partir de sa nomination. Le nouveau commissaire enquêteur ou la nouvelle commission d'enquête peut faire usage des prérogatives prévues par l'article L. 123-13* ». Les articles R. 123-19 à 20 du code de l'environnement précisent ce point.

²³⁵⁹ Articles L. 123-15 et R. 123-19 du code de l'environnement.

l'enquête ». Enfin, le rapport doit faire état « *des réponses éventuelles du maître d'ouvrage* » produite dans un délai de quinze jours après communication de la synthèse des observations.

S'agissant des enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation et par le code des relations entre le public et l'administration, l'exigence est simplifiée. Sans raison apparente, il n'est pas expressément prévu que la synthèse soit transmise au responsable préalablement à la rédaction du rapport et des conclusions motivées. Seule est prévue la transmission de ces documents à l'autorité chargée d'organiser l'enquête²³⁶⁰ et éventuellement au maire lorsque l'opération est réalisée pour le compte d'une commune²³⁶¹. La procédure instituée par le code de l'environnement s'avère davantage pertinente pour l'information du responsable du projet, plan ou programme et de l'autorité compétente pour autoriser le projet.

465. La garantie de l'expression et de la prise en compte des observations est aussi un rôle confié à la Commission nationale du débat public depuis son institution par la loi « Barnier » du 2 février 1995²³⁶² dans le cadre du débat public. Entre 2002²³⁶³ et 2017, ce rôle de garant variait substantiellement selon que la Commission décidait de confier l'organisation du débat au responsable du projet ou de l'organiser par elle-même²³⁶⁴. Lorsque la Commission nationale du débat public confiait l'organisation du débat public au responsable du projet, il revenait logiquement à ce dernier de recevoir les observations émises par le public et de rédiger un compte rendu du déroulement du débat public. Le public ne pouvait dès lors plus profiter de l'intervention d'un tiers pour garantir l'expression et la prise en compte de ses observations. Toutefois, le rôle de la Commission n'était pas inexistant en pareille hypothèse. Son président restait chargé de rédiger un bilan du débat public qui devait être publié avec le compte rendu dans le délai de deux mois à compter de la clôture du débat. On comprenait ici l'intérêt de dissocier le compte rendu, rédigé par le responsable du projet, du bilan dressé par le président de la Commission. Il s'agissait pour cette dernière d'apporter un regard critique sur le déroulement du débat dont elle ne déléguaient l'organisation au responsable du projet qu'avec un

²³⁶⁰ Article R. 112-19 du code de l'expropriation ; article R.134-26 du code des relations entre le public et l'administration.

²³⁶¹ Article R. 112-22 du code de l'expropriation ; article R.134-29 du code des relations entre le public et l'administration.

²³⁶² Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 3 février 1995, p. 1840.

²³⁶³ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JO*, 28 février 2002, p. 3808.

²³⁶⁴ Pour les projets de réforme relatif à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire, la Commission nationale du débat public devait systématiquement organiser un débat public par elle-même en vertu de l'article R. 121-10 du code de l'environnement.

droit de regard et de contrôle. Sans en sanctionner juridiquement les écarts, le bilan visait ainsi à donner le point de vue de la Commission, sans qu'elle ait de capacité à s'exprimer sur le fond des projets qui lui sont soumis. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016, seule la seconde hypothèse demeure. Un débat est nécessairement organisé par la Commission nationale du débat public qui constitue à cet effet une commission particulière chargée de l'animer²³⁶⁵. C'est donc elle qui reçoit les observations émises par le public, par voie écrite ou orale, et qui rédigera un compte rendu du déroulement du débat public comprenant la synthèse des observations. Rédigé par le président de la commission particulière, ce compte rendu est adressé à la Commission nationale du débat public pour qu'un bilan du débat public soit rédigé par le président de cette autorité. Ces deux documents sont ensuite publiés dans un délai de deux mois à compter de la clôture du débat et transmis au responsable du projet. La Commission nationale du débat public, par l'intermédiaire d'une commission particulière, remplit bien une fonction de garant de l'expression et de la prise en compte des observations, puisque le responsable du projet est dépossédé de ce rôle.

466. Les dernières formes de tiers garant de l'expression et de la prise en compte des observations sont apparues avec l'institution de la concertation préalable régie par le code de l'environnement. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016²³⁶⁶, la présence d'un garant était simplement envisagée lors de la concertation décidée par la Commission nationale du débat public lorsqu'elle estimait qu'un débat public n'était pas nécessaire. Officialisant une pratique préexistante, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement²³⁶⁷ prévoyait alors que la Commission nationale du débat public pouvait désigner, à son initiative ou à la demande du maître d'ouvrage ou de l'autorité publique responsable de la décision, « *un garant chargé de veiller à ce que la concertation permette au public de présenter ses observations et contre-propositions* »²³⁶⁸. L'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016²³⁶⁹ a approfondi le dispositif. Une concertation préalable doit désormais

²³⁶⁵ Article R. 121-7 du code de l'environnement.

²³⁶⁶ Auparavant, la présence d'un garant n'était pas juridiquement requise pour les concertations régies par l'article L. 121-16 du code de l'environnement ou décidée par la Commission nationale du débat public en vertu de l'ancien article L. 121-8.

²³⁶⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905

²³⁶⁸ Ancienne version de l'article L. 121-9 du code de l'environnement.

²³⁶⁹ Auparavant, la présence d'un garant n'était pas juridiquement requise pour les concertations régies par l'article L. 121-16 du code de l'environnement ou décidée par la Commission nationale du débat public en vertu de l'ancien article L. 121-8.

obligatoirement se dérouler sous l'égide d'un garant lorsque la procédure a été décidée par la Commission nationale du débat public ou par le maître d'ouvrage si elle n'a pas été saisie, par l'autorité compétente pour autoriser le projet, plan ou programme ou, à défaut, par le représentant de l'État à la suite de l'exercice du droit d'initiative du public²³⁷⁰. Le public est alors invité à adresser ses observations au garant par voie électronique ou par voie postale pour publication sur un site Internet²³⁷¹. Il n'est ici pas spécifiquement prévu de dispositif permettant le recueil des observations orales par le garant. Une fois le processus clos, le garant établit, dans le délai d'un mois, un bilan de la concertation préalable résumant la façon dont elle s'est déroulée, comportant une synthèse des observations et mentionnant les évolutions du projet qui en résultent éventuellement. Ce bilan est rendu public, transmis au responsable du projet, à l'autorité chargée d'approuver le projet ainsi qu'à l'autorité ayant décidée de l'organisation de cette concertation. Toutefois, la présence d'un garant n'est pas obligatoire lorsque la concertation est décidée par le responsable d'un projet, plan ou programme lui-même pour les projets, plans et programmes qui ne relèvent pas du champ de compétence de la Commission nationale du débat public. Ce dernier peut choisir librement d'organiser ou non la concertation sous l'égide d'un garant. Dans l'hypothèse où il fait ce choix, le responsable du projet doit en principe respecter les dispositions de l'article L. 121-16-1 code de l'environnement, qui prévoient notamment que le public peut adresser ses observations au garant. Or, le régime de cette nouvelle procédure ne semble pas encore parfaitement intégré par les acteurs concernés. Dans le cadre de la révision de son plan de déplacement urbain en cours en 2018, Rennes Métropole a choisi d'organiser une phase de concertation préalable sous l'égide d'un garant. Le dispositif mis en place a simplement prévu que public pouvait adresser ses observations écrites directement à Rennes Métropole ou oralement à l'agence « Grand public » mandatée par l'intercommunalité lors des réunions publiques. Il n'était donc pas prévu que le garant puisse recevoir les observations du public, en apparence contradiction avec les dispositions du code de l'environnement. Il semble alors difficile pour le garant de rédiger une synthèse exhaustive des observations, s'il n'en est pas le destinataire direct. Interrogé sur ce sujet suite à notre interpellation, le directeur de la Commission nationale du débat public M. Dewas a concédé que *« la définition et la mise en œuvre de l'organisation de la concertation est bien du ressort du maître d'ouvrage (Le garant serait bien seul et n'aurait pas les moyens logistiques pour organiser ce type de dispositif très lourd). Par contre, il est bien de son ressort d'établir le bilan de la concertation préalable et de réaliser la synthèse de tous les avis exprimés. L'application*

²³⁷⁰ Voir *supra*, n° 179.

²³⁷¹ Article L. 121-16-1 III du code de l'environnement.

des ordonnances étant très récente (1er janvier 2017), nous n'avons pas suffisamment de recul pour en évaluer les conséquences effectives sur les pratiques des garants. C'est un chantier en cours à la CNDP »²³⁷². Confronté à cette question, le juge administratif sera fondé à apporter sa pierre à l'édifice.

467. Dans toutes ces hypothèses, le fait pour le public de pouvoir communiquer ses observations à un tiers contribue à garantir une meilleure prise en compte de ses observations grâce à la présence d'une autorité neutre, *a priori* plus à l'écoute, qui ne sera pas tentée de trier parmi les observations émises²³⁷³, ce que risque le public lorsqu'il présente ses observations directement devant le responsable du projet, plan ou programme ou l'autorité compétente pour l'autoriser. Le tiers garant assure à la synthèse des observations une objectivité, de sorte qu'elle réitère leur esprit sans censure favorable au responsable du projet, plan ou programme. Comme a pu le démontre Ch. Testard, « *en toute hypothèse, si l'on compare les synthèses réalisées par les autorités décisionnelles et celles réalisées dans le cadre de l'expérimentation, le constat est frappant : les premières sont en général brèves et superficielles, là où les secondes sont détaillées et procèdent à des recoupements entre les différents commentaires. Elles font ainsi apparaître les éventuels points de rencontre entre les différentes observations* »²³⁷⁴.

Durant le temps de la procédure, le tiers garant fait en quelque sorte « écran » entre le public et le responsable du projet et l'autorité compétente pour l'approuver, puisqu'il les dépossède de leurs attributions durant le temps de la procédure. Toutefois, il ne s'agit pas pour le tiers garant d'empêcher le dialogue entre le public et le responsable du projet, qui n'est heureusement pas exclu du processus. Par exemple, il a été jugé que la présence d'agents publics ou d'élus, lors des permanences du commissaire enquêteur, n'est illégale que si cette présence donne à penser qu'il est porté atteinte à la liberté d'expression²³⁷⁵. En outre, le responsable du projet est nécessairement présent lorsque des réunions publiques sont organisées.

²³⁷² Réponse de M. Dewas, directeur de la Commission nationale du débat public, intervenue le 2 juillet 2018 à notre question déposée sur le site internet de la Commission le 30 juin 2018.

²³⁷³ Il faut ici rappeler que lors des procédures de débat public, de concertation préalable et d'enquête publique régies par le code de l'environnement, les observations écrites émises par le public doivent être retranscrites sur le site Internet accueillant la participation, ce qui oblige, même en l'absence d'organisation d'un forum de discussion électronique, un minimum de modération des messages qui auraient un caractère inapproprié. Cette tâche revient au tiers garant. Il s'agit d'une prérogative accessoire à son rôle de réception et de synthèse des observations.

²³⁷⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 608.

²³⁷⁵ CAA Lyon, 27 avril 2004, n° 99LY02326, M. Vidal, *RJE*, 1/2005, p. 99, note R. HOSTIOU. La finalité de l'enquête publique, qui est de permettre à toute personne d'exprimer son opinion auprès du commissaire enquêteur

b) *Un tiers parfois mal armé pour garantir l'information du public*

468. Le tiers est aussi garant de la complétude et de l'objectivité de l'information préalable. Il s'agit alors de dissiper « *les soupçons d'instrumentalisation qui peuvent peser sur les procédés de participation* »²³⁷⁶. En effet, le responsable du projet dispose de moyens pour « *canaliser et orienter* »²³⁷⁷ les participants. Pour lui, l'information dispensée a « *pour principale fonction de justifier la solution qui a sa préférence* »²³⁷⁸. Pour éviter cette « *propagande technicienne* »²³⁷⁹ et pour garantir la clarté et l'objectivité de l'information transmise au public, le tiers garant peut intervenir sur la base de deux prérogatives dont la portée varie selon les instruments participatifs.

469. La première prérogative consiste pour le tiers garant à exiger du responsable du projet la diffusion d'informations détenues par ce dernier afin de garantir le caractère complet de l'information à destination du public. Cette prérogative n'est clairement pas organisée de la même façon selon les instruments participatifs concernés.

Dans le cadre de l'enquête publique environnementale, il est prévu que le commissaire enquêteur « *conduit l'enquête de manière à permettre au public de disposer d'une information complète sur le projet, plan ou programme, et de participer effectivement (...)* »²³⁸⁰. Or, en présence d'un cadre juridique fixant précisément le contenu du dossier soumis à enquête publique²³⁸¹, il faut constater que le rôle du commissaire enquêteur reste limité à une

ou d'une commission d'enquête qui exprimera à son tour en toute indépendance un avis motivé, implique que les observations des personnes ayant choisi de les présenter oralement soient recueillies dans des conditions n'altérant pas la liberté d'expression de ces dernières. Si, en raison de la présence d'élus et d'agents ayant participé à l'élaboration du POS dans la salle où se tenaient les membres de la commission d'enquête, des discussions vives ont opposé ces élus et agents et des personnes venues présenter leurs observations, aucun incident précis n'a été noté par la commission d'enquête qui donnerait à penser qu'une atteinte aurait été portée à la liberté d'expression de ces personnes.

²³⁷⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 338.

²³⁷⁷ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

²³⁷⁸ *Idem.*

²³⁷⁹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 60.

²³⁸⁰ Article L. 123-13 I du code de l'environnement.

²³⁸¹ Article R. 123-8 du code de l'environnement.

prérogative très formelle, sans réelle portée contraignante vis-à-vis du responsable du projet. Le commissaire enquêteur peut simplement « *recevoir toute information et, s'il estime que des documents sont utiles à la bonne information du public, demander au maître d'ouvrage de communiquer ces documents au public* »²³⁸², à condition que cette demande ne porte que sur des documents en la possession de ce dernier. Aucune contrainte ne pèse réellement sur le responsable du projet, puisque « *les documents ainsi obtenus ou le refus motivé du responsable du projet, plan ou programme sont versés au dossier tenu au siège de l'enquête* »²³⁸³. Le droit permet partant au responsable du projet de refuser la demande et la seule conséquence prévue est une simple mention du refus dans le dossier d'information. En l'absence de portée contraignante, cette prérogative peut également être utilisée par le commissaire enquêteur dans le cadre du code de l'expropriation et du code des relations entre le public et l'administration, quand bien même aucun dispositif n'y est textuellement organisé.

De la même façon, il est prévu que le garant de la procédure de concertation préalable « *veille notamment à la qualité, la sincérité et l'intelligibilité des informations diffusées au public (...)* »²³⁸⁴. À cette fin, il est prévu qu'il peut adresser toute demande à la personne responsable du projet, plan ou programme pour assurer une bonne information du public²³⁸⁵. Il faut en cette matière regretter que ne soit pas expressément organisée l'inscription dans le dossier d'information de l'éventuel refus du responsable. Tout au plus le garant peut dans la pratique faire inscrire cette mention sur le site Internet recevant la procédure, s'il en a l'accès. Parallèlement, le garant se voit confier la mission de statuer « *sur l'opportunité de donner suite aux demandes de communication adressées, soit à la personne ayant la qualité de maître d'ouvrage, soit à l'autorité publique compétente pour autoriser le projet ou approuver le plan ou le programmes* »²³⁸⁶. Cela signifie que, sans se substituer à la Commission d'accès aux documents administratifs, le garant a pour mission de se prononcer sur les demandes du public restées infructueuses. En effet, le public peut logiquement souhaiter accéder à des documents administratifs complémentaires qui ne sont pas inclus dans le dossier d'information, mais qui sont pourtant utiles à l'appréciation de l'opportunité du projet soumis au processus. Dans la pratique, ces demandes concernent généralement l'accès aux différentes études produites durant

²³⁸² Article L. 123-13 II du code de l'environnement.

²³⁸³ Article R. 123-14 du code de l'environnement. Il est également prévu que « *lorsque de tels documents sont ajoutés en cours d'enquête, un bordereau joint au dossier d'enquête mentionne la nature des pièces et la date à laquelle celles-ci ont été ajoutées au dossier d'enquête* ».

²³⁸⁴ Article L. 121-1-1 du code de l'environnement.

²³⁸⁵ Article L. 121-16-1 I du code de l'environnement.

²³⁸⁶ *Idem.*

la phase d'élaboration du projet. Le rôle du garant de la concertation reste ici encore limité, puisqu'il ne se voit reconnaître aucun pouvoir de nature contraignante. Il ne peut imposer à l'administration la communication des documents demandés. En outre, le délai d'un mois offert à l'administration pour répondre favorablement ou défavorablement à la demande du citoyen, dans le cadre de la procédure d'accès aux documents administratifs risque fort d'être incompatible avec la durée de la procédure, pouvant être limitée à quinze jours²³⁸⁷.

L'intervention du tiers garant au stade de la définition de l'information préalable caractérise particulièrement la situation de la Commission nationale du débat public, qui dispose d'un rôle renforcé en la matière. Lorsqu'elle décide d'organiser un débat public ou une concertation préalable, l'information du public n'est pas dépendante des seuls choix opérés par le responsable du projet, pouvant être tenté d'omettre volontairement des informations pouvant susciter des oppositions. Le public se voit garantir une information de qualité notamment au regard de l'importance et des enjeux des projets, plans et programmes concernés par ces procédures. Il revient alors à la Commission nationale du débat public de fixer elle-même le contenu du dossier d'information à destination du public. Pour ce faire, lors d'un débat public, le responsable du projet, plan ou programme doit constituer dans un délai de six mois un dossier d'information à destination du public suivant les indications de la Commission nationale du débat public²³⁸⁸. Ce dossier peut être complété à sa demande avec des documents nécessaires au débat. La Commission décide alors de la date d'ouverture du débat uniquement lorsqu'elle estime le dossier complet²³⁸⁹. En l'absence de précision textuelle, il faut estimer que s'applique tout de même le principe selon lequel « *le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation* »²³⁹⁰. Mais, lorsque la Commission décide de l'organisation d'une concertation préalable, elle doit se prononcer dans un délai de trente-cinq jours. Là encore, l'absence de réponse dans ce délai vaut accord²³⁹¹. Ce dispositif soumet ainsi le responsable du projet, plan ou programme à la décision de la Commission, qui s'apparente à une validation « *quasi prétorienne* »²³⁹². Les résultats peuvent être salués. « *Les dossiers supports de débats (...) sont généralement de remarquables documents de vulgarisation de questions complexes* »²³⁹³. Ils « *sont beaucoup plus clairs, mieux illustrés et plus accessibles*

²³⁸⁷ Voir *supra*, n° 419.

²³⁸⁸ Article R. 121-7 du code de l'environnement.

²³⁸⁹ Article L. 121-11 du code de l'environnement.

²³⁹⁰ Article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration.

²³⁹¹ Article R. 121-8 du code des relations entre le public et l'administration.

²³⁹² H. BLANC, « La concertation en amont, une exigence contemporaine de la démocratie », in S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2001, p. 49.

²³⁹³ P. VIALATTE, « Dix ans de débat public. Un bilan global positif », *op. cit.*

au citoyen lambda que ne le sont les dossiers d'enquêtes publiques. A la différence de ceux-ci, qui comprennent des centaines de pages d'études techniques "brutes", compréhensibles par les seuls spécialistes, ces dossiers sont conçus dans un esprit de pédagogie et servis par une infographie d'excellente qualité, comprenant cartes, graphiques et schémas. Leur contenu est synthétisé dans des dépliants de quatre à six pages »²³⁹⁴.

Cette mission de la Commission nationale du débat public ne s'épuise pas par la clôture du processus participatif mis en place, puisqu'elle se prolonge par un rôle complémentaire de suivi durant la phase postérieure au débat public, qui se concrétise par une triple exigence d'information²³⁹⁵. Diverses informations doivent ainsi lui être transmises, pour diffusion au public, postérieurement à la clôture d'un débat public ou d'une concertation préalable. D'abord, le responsable du projet doit lui transmettre, pour diffusion sur le site Internet du débat public ou de la concertation préalable, l'acte par lequel le responsable du projet décide du principe et des conditions de la poursuite du projet, plan ou programme²³⁹⁶. Il revient ensuite à la Commission de déterminer les conditions dans lesquelles le responsable du projet la tient informée de l'évolution du projet ainsi que des modalités complémentaires d'association du public jusqu'à l'ouverture de l'enquête publique²³⁹⁷. Outre ces dispositifs permettant d'informer le public de façon préalable à l'enquête publique, « *la Commission nationale du débat public veille au respect de bonnes conditions d'information du public durant la phase de réalisation des projets dont elle a été saisie jusqu'à la réception des équipements et travaux et, pour les plans et programmes (...), jusqu'à leur adoption ou approbation* »²³⁹⁸, c'est-à-dire durant la phase postérieure à l'enquête publique.

En outre, le rôle de la Commission nationale du débat public dans la définition de l'information préalable a été transposé dans la procédure de consultation locale des électeurs régie par le code de l'environnement apparue à la suite de l'ordonnance du 21 avril 2016²³⁹⁹. L'article L. 123-26 du code de l'environnement lui confère en effet la mission d'élaborer le dossier d'information sur le projet qui fait l'objet de la consultation, qui doit au minimum comprendre « *un document de synthèse présentant de façon claire et objective le projet, ses motifs, ses caractéristiques, l'état d'avancement des procédures, ses impacts sur*

²³⁹⁴ P. SUBRA, « Quel bilan tirer de huit années de débats publics ? », *Pouvoirs locaux*, 2006, p. 4.

²³⁹⁵ Article L. 121-14 du code de l'environnement.

²³⁹⁶ Article L. 121-13 du code de l'environnement.

²³⁹⁷ Article L. 121-14 du code de l'environnement.

²³⁹⁸ Article L. 121-1 II du code de l'environnement.

²³⁹⁹ Il s'agit là de la seule hypothèse où un garant n'est pas chargé de recevoir et de synthétiser des observations.

l'environnement et les autres effets qui en sont attendus. Il mentionne les principaux documents de nature à éclairer les électeurs et comporte les liens vers les sites Internet où ces documents peuvent être consultés ». Cela rapproche davantage cette procédure de consultation des électeurs des procédures participatives en matière environnementale que des autres processus référendaires régis par le code général des collectivités territoriales. Pour ces derniers, l'information reste déterminée par l'autorité locale. Tout au plus, cette information peut être complétée ou contestée par les membres de l'organe délibérant et par les groupements politiques invités à participer à la campagne référendaire, par le biais de tracts, d'affiches, de médias interposés ou par l'organisation de réunions publiques. Bien entendu, les groupements politiques ou associatifs conservent ce rôle de relai ou de contestation en matière environnementale.

470. La seconde prérogative du tiers garant en matière d'information préalable lui confère la capacité de faire produire de nouvelles informations par recours à l'expertise complémentaire. Cette dernière peut remplir trois finalités différentes : passer outre le refus du responsable du projet de communiquer des documents demandés ; remettre en cause des informations produites par le responsable du projet, il s'agit alors d'une « contre-expertise » ; enfin, dévoiler des éléments d'information inexistant à ce stade pour compléter l'information du public et, éventuellement, du tiers garant²⁴⁰⁰.

Lors d'un débat public et d'une concertation préalable, il est prévu que la Commission nationale du débat public peut demander la réalisation d'une expertise complémentaire, ou d'une étude technique²⁴⁰¹, de sa propre initiative ou saisie par un président de commission particulière du débat public ou par un garant de la concertation²⁴⁰². Cette expertise complémentaire peut être produite à tout moment, notamment à la suite d'une demande du public. Toutefois, ce dernier ne dispose pas d'un droit à revendiquer la production d'une telle expertise. Ce pouvoir reste à la libre appréciation de la Commission nationale du débat public. La Commission n'est pas tenue de motiver son refus lorsqu'une demande lui en est faite. Tout au plus, depuis la loi du 2 mars 2018²⁴⁰³, le garant de la concertation est tenu de motiver son

²⁴⁰⁰ Voir *infra*, n° 476.

²⁴⁰¹ Article L. 121-16-1 I du code de l'environnement.

²⁴⁰² Articles L. 121-1 du code de l'environnement.

²⁴⁰³ Loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public

refus de transmettre la demande à la Commission nationale du débat public²⁴⁰⁴. Cette situation se justifie aisément. Toutes les demandes ne sont forcément utiles et, surtout, le coût de l'expertise est à la charge de la Commission nationale du débat public²⁴⁰⁵. Il ne serait pas justifié de demander au responsable du projet d'en assurer la charge, puisqu'il se soumet déjà à la Commission pour la constitution du dossier. Si la Commission ne s'estime pas suffisamment informée, il lui suffit en principe de ne pas décider de l'ouverture du débat.

La situation diffère en matière d'enquête publique environnementale. Le commissaire enquêteur peut demander à être assisté d'un expert désigné par le président du tribunal administratif, ou le conseiller qu'il délègue, « *lorsque les spécificités de l'enquête l'exigent* », ce qui témoigne d'un pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le juge²⁴⁰⁶. Le coût de cette expertise est à la charge du responsable du projet, ce qui est cette fois-ci très contraignant pour lui. Toutefois, le rôle de l'expert consiste ici surtout à garantir l'information du commissaire enquêteur dans sa mission d'appréciation de l'opportunité de réaliser le projet²⁴⁰⁷. Il n'a qu'un rôle d'assistance. Il ne s'agit pas véritablement de garantir l'information du public. L'expert ne produit aucune étude devant être inscrite dans le dossier. Dans un objectif de convergence des procédures participatives, il pourrait toutefois être envisagé que le commissaire enquêteur puisse demander à la Commission nationale du débat public la production d'une expertise complémentaire, restant à sa charge.

471. Alors que le rôle du garant de la concertation préalable s'arrête nécessairement à cette mission de base, déjà importante, le législateur accorde des prérogatives complémentaires aux commissaires enquêteurs et à la Commission nationale du débat public.

à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, *JO*, n°0052, 3 mars 2018, texte n° 1.

²⁴⁰⁴ Article L. 121-16-1 II du code de l'environnement.

²⁴⁰⁵ Article L. 121-9 III du code de l'environnement.

²⁴⁰⁶ Article L. 123-13 II alinéa 2 du code de l'environnement.

²⁴⁰⁷ Voir *supra*, n° 476.

2) *Un tiers garant pouvant être doté de prérogatives complémentaires en lien avec sa mission*

472. Le rôle de tiers garant peut s'élargir à deux prérogatives nouvelles. Il peut d'abord s'agir de perfectionner sa mission de garant en lui attribuant un rôle plus ou moins important dans la définition des modalités d'organisation du processus participatif (a). Il peut aussi s'agir de lui attribuer une fonction d'autorité consultative chargée de se prononcer sur l'opportunité du projet soumis au processus (b), au risque de remettre en cause sa mission de garant.

a) *Un rôle dans la définition des modalités d'organisation du processus participatif*

473. Comme l'énonce le Conseil d'État, « 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 »²⁴⁰⁸. Il s'agit ici d'affirmer qu'une procédure de participation du public serait mieux organisée s'il revenait au tiers garant d'en définir lui-même les modalités. Le tiers garant est en effet plus enclin que le responsable du projet à assurer une information largement diffusée, à développer la diversité des moyens d'expression des observations, à favoriser l'échange entre les acteurs, à calibrer la durée nécessaire à l'organisation d'une participation sincère. Or, par principe, la définition des modalités d'organisation d'une procédure de participation du public relève soit du responsable du projet, plan ou programme, soit de l'autorité compétente pour l'adopter ou l'autoriser. Il revient à cette autorité de fixer l'ensemble des règles relatives aux modalités d'accès à l'information préalable, à la durée ainsi qu'aux modalités offertes au public pour émettre ses observations. Or, la présence d'un tiers garant ne remet pas nécessairement en cause ce pouvoir.

Sauf lorsqu'elle est décidée par la Commission nationale du débat public, une concertation préalable organisée sous l'égide d'un garant reste déterminée par le maître d'ouvrage, l'autorité compétente ou le représentant de l'État à la suite de l'exercice du droit

²⁴⁰⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 87.

d'initiative du public²⁴⁰⁹ dans les limites fixées aux articles L. 121-16 et L. 121-16-1 du code de l'environnement.

De la même façon, les modalités de l'enquête publique ne sont en principe pas déterminées par le commissaire enquêteur. Ce dernier est simplement consulté par l'autorité chargée d'ouvrir et d'organiser l'enquête²⁴¹⁰. « *Cette consultation a en général un caractère purement formel* »²⁴¹¹. Toutefois, en matière environnementale, le commissaire enquêteur dispose d'un pouvoir propre de nature à modifier partiellement les conditions d'organisation de l'enquête. Il peut en effet prolonger la durée de l'enquête pour une durée maximale de quinze jours²⁴¹², par une décision motivée, notamment pour organiser une réunion « d'information et d'échange » à la charge du responsable du projet, plan ou programme, lorsqu'il estime que l'importance ou la nature du projet, plan ou programme ou les conditions de déroulement de l'enquête publique rendent nécessaire cette prolongation²⁴¹³. Dans ce cas, les modalités d'information préalable du public et le déroulement de la réunion publique sont fixés par le commissaire enquêteur en concertation avec l'autorité en charge de l'ouverture et de l'organisation de l'enquête et le responsable du projet, plan ou programme. Si l'information préalable ne devrait pas en ressortir renforcée dans son contenu, elle le sera dans sa diffusion, puisque dans les faits une réunion publique constitue le moyen d'information privilégié par le public pour prendre connaissance d'un projet, plan ou programme. On peut à ce titre affirmer que « *les modalités de l'enquête publique environnementale échappent en grande partie à l'autorité administrative responsable* »²⁴¹⁴, qui reste soumise à l'exhaustivité des dispositions législatives et réglementaires et au pouvoir du commissaire enquêteur.

474. Ce rôle dans la définition des modalités d'organisation du processus participatif caractérise surtout la situation de la Commission nationale du débat public, et ce à un double niveau.

²⁴⁰⁹ Article L. 121-17 du code de l'environnement.

²⁴¹⁰ Article R. 123-9 du code de l'environnement, article R. 112-12 du code de l'expropriation, article R. 134-10 du code des relations entre le public et l'administration.

²⁴¹¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 107.

²⁴¹² Voir *supra*, n° 420.

²⁴¹³ Articles L. 123-13 II et R. 123-17 du code de l'environnement.

²⁴¹⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 518.

D'une part, cette autorité administrative indépendante est l'autorité compétente pour déterminer les modalités de la participation du public. Une fois saisie, il revient d'abord à la Commission nationale du débat public de décider du mode de participation du public auquel sera soumis le projet. Pour qu'elle puisse prendre sa décision, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet doit constituer un dossier « *présentant les objectifs et les principales caractéristiques du projet, ainsi que les enjeux socio-économiques, le coût estimatif et l'identification des impacts significatifs du projet sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* »²⁴¹⁵. La décision de la commission est motivée au regard des mêmes éléments. Le responsable du projet et le public sont ici soumis à l'appréciation discrétionnaire de la Commission qui dispose en principe d'un panel de trois solutions²⁴¹⁶. Elle peut d'abord décider d'organiser un débat public ou une concertation préalable sous l'égide d'un garant. Dans ce cas, il lui revient d'en définir elle-même les modalités d'organisation, éventuellement sur proposition du responsable du projet²⁴¹⁷ ou après consultation de ce dernier²⁴¹⁸, ce qui est bienvenu compte tenu du fait que c'est sur lui que pèseront les frais d'organisation du processus participatif. La Commission dispose ici d'un large pouvoir discrétionnaire. Elle décide du calendrier et des modalités d'information et d'expression des points de vue, qu'il s'agisse de constituer le dossier d'information à destination du public, de prévoir le contenu des lieux et périodes où le dossier d'information peut être consulté et où des observations peuvent être émises (courriers postaux, forums électroniques et réunions publiques). Dans le cadre de la procédure de débat public, le législateur s'autorise à confier à la Commission nationale du débat public le soin de fixer par elle-même l'ensemble des modalités d'organisation du processus participatif. « *Ainsi, en matière de débat public, l'encadrement législatif est plus restreint dès lors qu'il existe un tiers chargé de garantir tout au long du processus l'effectivité de la participation* »²⁴¹⁹. S'agissant de la concertation préalable, l'enjeu est légèrement moins important car les dispositions textuelles sont plus précises quant aux garanties minimales. L'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 apporte une innovation en confiant à la Commission le soin de déterminer les modalités d'organisation de la concertation. Auparavant, il revenait simplement à la Commission de formuler des

²⁴¹⁵ Article L. 121-8 du code de l'environnement.

²⁴¹⁶ Ce choix diffère pour les projets de réformes relatifs à une politique publique ayant un effet important sur l'environnement ou l'aménagement du territoire et pour les projets d'infrastructures linéaires énergétiques. Voir *supra*, n° 177.

²⁴¹⁷ Article R. 121-7 du code de l'environnement.

²⁴¹⁸ Article R. 121-8 du code de l'environnement. Pour une concertation préalable, la Commission nationale du débat public consulte également le garant qu'elle a désigné.

²⁴¹⁹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 519.

recommandations au responsable du projet. Mais, parallèlement, la Commission peut aussi décider de laisser au responsable du projet le soin d'organiser par lui-même la concertation préalable qu'il avait envisagé en l'absence de saisine de la Commission²⁴²⁰.

Parallèlement, dans le cadre de sa mission générale de garante de la participation du public, la Commission nationale du débat public dispose depuis l'origine de quelques prérogatives complémentaires de nature consultative, en dehors du strict cadre de la procédure de débat public. Elle peut d'abord intervenir hors du cadre concret de l'élaboration d'un projet, plan ou programme, puisqu'elle a « *pour mission d'émettre tous avis et recommandations à caractère général ou méthodologique de nature à favoriser et développer la participation du public* »²⁴²¹. Entre dans ce cadre l'obligation pour la Commission d'établir chaque année un rapport rendant compte de son activité, remis au Gouvernement et rendu public²⁴²². Cette mission peut aussi intervenir dans le cadre concret de l'élaboration d'un projet, plan ou programme, puisqu'elle « *conseille à leur demande les autorités compétentes et tout maître d'ouvrage sur toute question relative à la participation du public tout au long de l'élaboration d'un plan, programme ou projet* »²⁴²³.

b) Une autorité pouvant être chargée de se prononcer sur l'opportunité du projet soumis au processus

475. De façon parfois contestée, le commissaire enquêteur est chargé de rendre un avis, par des conclusions motivées, sur l'opportunité du projet soumis à enquête publique, ce qui peut parfois nuire à sa mission de garant (i). Compte tenu du risque que cette mission peut faire courir pour la participation du public, le législateur a explicitement exclu cette mission pour la Commission nationale du débat public et les garants de la concertation préalable. Sans remettre en cause cette interdiction d'émettre un avis, l'ordonnance du 3 août 2016 a tout de même souhaité octroyer à la Commission nationale du débat public un rôle plus souple de conciliation entre le maître d'ouvrage et les associations agréées de protection de l'environnement (ii).

²⁴²⁰ Article L. 121-8 II du code de l'environnement.

²⁴²¹ Article L. 121-1 II du code de l'environnement.

²⁴²² Article L. 121-7 du code de l'environnement.

²⁴²³ Article L. 121-1 II du code de l'environnement.

i) *La fonction consultative du commissaire enquêteur, une atteinte relative à son rôle de garant*

476. Dans le cadre des enquêtes publiques, qu'elles relèvent du code de l'environnement, du code de l'expropriation ou du code des relations entre le public et l'administration, le rôle du commissaire enquêteur ne se limite jamais à un simple rôle de garant de la participation du public. Il remplit une fonction d'autorité consultative qui dépasse son rôle de garant. Depuis l'origine, le commissaire enquêteur est chargé de rendre, en complément de son rapport²⁴²⁴, des conclusions motivées précisant si elles sont favorables, favorables sous réserves ou défavorables au projet²⁴²⁵. Il lui revient alors, outre sa fonction de garant de l'information préalable, de l'expression et de la prise en compte des points de vue, de se positionner lui-même sur le fond du projet, plan ou programme qui lui est soumis. Le commissaire enquêteur doit y exprimer son avis personnel. Il n'est dès lors pas tenu de répondre à chacun des observations qui lui ont été soumises, ni de se conformer à l'opinion manifestée, même unanimement, par les personnes ayant participé à l'enquête²⁴²⁶. Il doit simplement indiquer, au moins sommairement, les raisons qui déterminent le sens de cet avis²⁴²⁷. « *Cette jurisprudence est motivée par le souci que le commissaire enquêteur puisse, au vu de tous les éléments*

²⁴²⁴ La dissociation de ces deux documents n'est pas toujours clairement établie. Selon l'article R. 123-19 du code de l'environnement, « *le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête établit un rapport qui relate le déroulement de l'enquête et examine les observations recueillies (...). Le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête consigne, dans un document séparé, ses conclusions motivées (...)* ». Inversement, en vertu des articles R. 112-19 du code de l'expropriation et R. 134-26 du code des relations entre l'administration et le public, « *le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête rédige un rapport énonçant ses conclusions motivées (...)* ».

²⁴²⁵ Les articles R. 112-19 du code de l'expropriation et R. 134-26 du code des relations entre l'administration et le public sont moins précis. Ils prévoient simplement que les conclusions motivées précisent « *si elles sont favorables ou non à l'opération projetée* ».

²⁴²⁶ CE, 13 juillet 1967, Syndicat des propriétaires et habitants du quartier de la Charité et autres, *CJEG*, 1968, p. 129, note MAGNIER ; CE, 10 juillet 1968, Cts Troussier et Société d'achat de terrains et construction, *AJDA*, 1969, p. 109, note HOMONT ; CE, 27 février 1970, Chenu et autres, *Rec.*, p. 148 ; CE, 21 février 1975, Ministre de l'Intérieur c/ Sieurs Mamet et autres, *Rec.*, p. 149.

²⁴²⁷ CE, 20 mars 1985, n° 47682, Commune de Morigny-Champigny, *Rec.*, tables, p. 660 ; *RFDA*, 1985, p. 704, obs. PACTEAU ; *D.*, 1986, IR, p. 411, obs. BON : en se bornant à indiquer qu'il donne un avis favorable en « *tenant compte des documents matériels en sa possession et des observations recueillies pendant le déroulement de l'enquête* », alors qu'il est saisi d'une pétition signée par plus d'une centaine de personnes représentant une large majorité des habitants des pavillons déjà construits dans la zone et développant de manière détaillée les motifs de leur hostilité au projet, le commissaire enquêteur motive insuffisamment son avis.

d'information qu'il a recueillis, émettre un avis conforme à l'intérêt général, et ne fasse pas prévaloir sur celui-ci les intérêts privés qui se sont exprimés »²⁴²⁸.

Juridiquement, les conclusions motivées s'analysent comme un avis consultatif obligatoire dont le contenu peut avoir une portée contraignante si elles sont défavorables, même si elles n'empêchent pas la prise de décision. Des conclusions défavorables, ou favorables avec réserves, contraignent les collectivités territoriales ou leurs groupements à adopter une nouvelle délibération motivée réitérant la demande d'autorisation ou de déclaration d'utilité publique d'un projet²⁴²⁹. Si cette contrainte ne semble pas viser les plans ou programmes de ces mêmes autorités publiques, le juge en a pourtant décidé ainsi²⁴³⁰. Toutefois, elle ne vise pas les projets, plans et programmes de toute autre autorité qu'elle soit publique ou privée. Mais la principale portée juridique des conclusions défavorables ou avec réserves se déploie au plan contentieux, puisqu'elles facilitent l'exercice d'un référé-suspension. Ainsi, « *le juge administratif des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête, fait droit à cette demande si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci* »²⁴³¹, sans que la condition d'urgence ait à être démontrée.

Pour se forger un avis et rédiger ses conclusions, le commissaire enquêteur dispose de quelques prérogatives complémentaires en matière environnementale et dont la portée reste souvent limitée. Il peut d'abord demander à être assisté d'un expert, dont la nomination semble davantage servir à la propre information du commissaire enquêteur qu'à l'information du public, puisqu'il n'est pas prévu d'intégration des résultats d'une expertise dans le dossier d'enquête soumis au public²⁴³². Cette philosophie se retrouve dans les autres prérogatives qui lui sont reconnues. Le commissaire enquêteur dispose aussi du pouvoir de « *visiter les lieux concernés, à l'exception des lieux d'habitation, après en avoir informé au préalable les propriétaires et les occupants* »²⁴³³. Ce pouvoir est soumis à l'exigence procédurale selon laquelle il doit informer au moins quarante-huit heures à l'avance les propriétaires et les occupants concernés, en leur précisant la date et l'heure de la visite projetée. Et « *lorsque ceux-*

²⁴²⁸ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 75.

²⁴²⁹ Article L. 123-16 alinéa 4 du code de l'environnement ; articles R. 112-23 du code de l'expropriation ; article R. 134-30 du code des relations entre le public et l'administration.

²⁴³⁰ CE, 15 décembre 2015, n° 374027, Commune de Saint-Cergues, *Rec.*, tables : la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant applicables à la procédure de modification d'un plan local d'urbanisme les dispositions du dernier alinéa de l'art. L. 123-12.

²⁴³¹ L'article L. 123-16 alinéa 1 du code de l'environnement.

²⁴³² Voir *supra*, n° 470.

²⁴³³ Article L. 123-13 II du code de l'environnement.

ci n'ont pu être prévenus, ou en cas d'opposition de leur part, le commissaire enquêteur ou la commission d'enquête en fait mention dans le rapport d'enquête »²⁴³⁴, et non dans le dossier d'information, ce qui n'induit pas une information du public. Enfin, il en va de même du pouvoir de « convoquer toutes les personnes dont il juge l'audition utile »²⁴³⁵. Cette faculté d'auditionner vise « toute personne ou service qu'il lui paraît utile de consulter pour compléter son information »²⁴³⁶. Dès lors « le refus éventuel, motivé ou non, de demande d'information ou l'absence de réponse est mentionné par le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête dans son rapport », et non là encore dans le dossier d'information. Parallèlement, il faut noter que le commissaire enquêteur est tenu de recevoir à sa demande le responsable du projet, mais il n'est pas tenu d'entendre toutes les personnes concernées par le projet, plan ou programme qui en font la demande, puisque ses permanences ont vocation à remplir cette fonction. En dehors de la matière environnementale, le commissaire enquêteur ne dispose que de cette dernière prérogative et obligation d'audition²⁴³⁷.

477. L'existence et la portée de ces conclusions rendues par le commissaire enquêteur pose la question de savoir si le rôle du tiers garant doit se limiter à cette stricte fonction, ce qui est le cas pour la Commission nationale du débat public et les garants de la concertation, ou s'il peut aussi avoir pour mission de prendre position sur le projet, comme c'est le cas pour le commissaire enquêteur. Cette question reste délicate à trancher puisque les arguments en faveur de l'une ou l'autre de ces solutions peuvent tout à fait s'entendre.

D'un premier point de vue, l'existence de ces conclusions motivées peut avoir une conséquence négative pour la participation du public. Dans la pratique, la fonction consultative du commissaire enquêteur peut être détournée en nuisant à sa fonction initiale de garant de la participation du public. À la promotion de la participation citoyenne risque de se substituer une survalorisation de la position exprimée par le commissaire enquêteur par le responsable du projet ou l'autorité chargée d'adopter la décision finale. En effet, ces autorités sont incitées à prendre en considération, non plus directement les observations émises par le public telles qu'elles sont synthétisées par le commissaire enquêteur, mais les conclusions du commissaire enquêteur compte tenu de leur portée juridique mais aussi politique. « *Dans la procédure de*

²⁴³⁴ Article R. 123-15 du code de l'environnement.

²⁴³⁵ Article L. 123-13 II du code de l'environnement.

²⁴³⁶ Article R. 123-16 du code de l'environnement.

²⁴³⁷ Articles R. 112-19 du code de l'expropriation et R. 134-26 du code des relations entre l'administration.

l'enquête, ce qui, finalement, sera déterminant pour l'administration, sera, non les avis des administrés eux-mêmes, mais plus souvent celui de l'intermédiaire : le commissaire-enquêteur, qui peut faire écran entre elle et eux »²⁴³⁸. Ce rôle de « pièce maîtresse »²⁴³⁹ que revêt du commissaire enquêteur nuit à son statut d'autorité neutre chargée de garantir la participation du public. Au contraire, le responsable du projet et le public « vont chercher à influencer l'enquêteur (ou la commission d'enquête), afin que celui-ci prenne parti pour eux »²⁴⁴⁰. Un avis favorable du commissaire enquêteur confère une forte légitimité sur laquelle le responsable du projet pourra s'appuyer, quand bien même le public participant se serait majoritairement manifesté dans un sens défavorable. Inversement, un avis défavorable risque de nuire au processus décisionnel engagé en donnant aux opposants un argument supplémentaire pour contester le projet. Ce faisant, la participation du public apparaît alors sous un nouveau jour. Alors que l'enquête publique constitue théoriquement un instrument de participation directe, le public n'est en fait consulté « qu'au second degré, puisque c'est le commissaire enquêteur qui donne un avis sur l'opération »²⁴⁴¹. Vue autrement, « la participation est (...) directe (...), mais l'administration n'en a qu'une connaissance indirecte, médiate »²⁴⁴². Et puisqu'il n'est pas lié par les observations qu'il a recueillies, la participation du public en ressort « quelque peu illusoire »²⁴⁴³.

478. Dans un second point de vue, on peut aussi estimer que la portée contraignante des conclusions motivées renforce les prérogatives de garant dont dispose le commissaire enquêteur, puisque la crainte d'un avis défavorable ou d'une réserve incitera le responsable du projet à respecter les demandes du commissaire enquêteur, logiquement conduit à se positionner défavorablement à l'encontre d'un responsable récalcitrant. Il en va spécialement ainsi, dans l'intérêt du public, lorsque le commissaire enquêteur demande des documents d'informations complémentaires. Il en va également ainsi, pour la rédaction des conclusions, lorsqu'il demande à visiter les lieux ou à auditionner le responsable du projet. La fonction consultative du commissaire enquêteur peut aussi trouver sa justification dans sa fonction d'aide à la décision et de légitimation de celle-ci. Si « on peut comprendre que l'administration ne tienne pas à trouver en face d'elle un commissaire-enquêteur trop "gênant", (...) il s'agit là d'un mauvais calcul : en effet, le commissaire-enquêteur peut rapprocher des points de vue antagonistes par

²⁴³⁸ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 676-677.

²⁴³⁹ Y. JÉGOUZO, « La réforme de l'enquête publique », *D.*, 1983, p. 226.

²⁴⁴⁰ J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 676-677.

²⁴⁴¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 74.

²⁴⁴² J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *op. cit.*, p. 676-677.

²⁴⁴³ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, *op. cit.*, p. 74.

ses propositions ou suggestions et faciliter ainsi la réalisation de l'opération »²⁴⁴⁴. Dans un contexte de forte opposition sociale entre des responsables de projets et des citoyens s'y opposant parfois avec violence, il est devenu aujourd'hui nécessaire que des instances neutres et légitimes se prononcent sur l'opportunité de projets soumis, pour de bonnes ou de mauvaises raisons, au risque d'enlisement. Or, il n'est pas toujours juridiquement organisé la consultation d'une telle autorité neutre et légitime, notamment parce qu'elle représente les divers intérêts impactés par un projet, plan ou programme, ou parce qu'elle est dotée d'une expertise économique, sociale, environnementale, ce qui est particulièrement le cas au niveau local. Les conclusions motivées du commissaire enquêteur peuvent ainsi permettre de surmonter cette absence de cadre consultatif au niveau local. Afin d'aider l'administration à prendre sa décision, à concilier ou arbitrer entre les différents intérêts en présence, il revient au commissaire enquêteur d'apprécier de façon neutre le projet en fonction d'« *une base rationnelle établie en fonction de la balance des avantages et des inconvénients que l'enquête [a] pour fonction de mettre en évidence* »²⁴⁴⁵. Mais encore fait-il que l'enquête recueille le plus grand nombre d'expressions et favorise le dialogue²⁴⁴⁶, ce qui ne s'avère le plus souvent pas le cas.

Si cette nécessité peut aussi se faire sentir lors d'un débat public ou d'une concertation préalable à la phase préalable à l'enquête publique, le législateur a pris soin d'y exclure toute fonction pour le tiers garant de rendre un avis motivé sur le projet, compte tenu du risque qu'il fait peser sur la participation du public elle-même. Le législateur a ainsi préféré octroyer à la Commission nationale du débat public un rôle de conciliation.

ii) *Le rôle de conciliation de la Commission nationale du débat public, un complément à son rôle de garant*

479. Comme l'indique expressément l'article L. 121-1 II alinéa 5, « la Commission nationale du débat public et les commissions particulières ne se prononcent pas sur le fond des plans, programmes ou projets qui leur sont soumis ». Il en va de même de la fonction des garants de

²⁴⁴⁴ C. DEBOUY, « Le commissaire-enquêteur a-t-il changé ? », *Etudes foncières*, mars-avril 1991, p. 30.

²⁴⁴⁵ J.-P. COLSON, « Interventionnisme et participation. Le rôle de l'enquête publique dans les décisions administratives à caractère énergétique de la puissance publique », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, CERAM, 1984, Tome 1, p. 116.

²⁴⁴⁶ B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *op. cit.*, p. 784.

la concertation préalable. Ce faisant, le rôle de ces autorités se limite strictement à garantir la participation du public, c'est-à-dire de façon générale, le caractère complet et accessible de l'information préalable, la capacité pour le public à exprimer ses observations, le caractère suffisant du temps imparti au processus et la prise en compte des observations émises. La Commission nationale du débat public comme les garants de la concertation sont ainsi à l'abri des pressions extérieures visant à les influencer pour obtenir un avis favorable ou défavorable sur le projet, et le public est assuré que le responsable du projet tiendra compte, au moins formellement, du compte rendu et du bilan de la procédure participative, et non pas de l'avis rendu par le tiers garant.

Cependant, il faut aussi s'accorder sur les limites de cette interdiction de principe. Comme l'indique J.-C. Hélin, « *l'extraordinaire portée symbolique et médiatique du thème des grands projets inutiles, la radicalité de certaines oppositions, conduisent à s'interroger sur la pertinence de cette procédure pour surmonter les controverses auxquelles donnent lieu ces projets* »²⁴⁴⁷. Elle ne se conclut que par une appréciation de la sincérité du débat, « *alors même qu'à ce stade amont du processus de décision c'est la question de l'opportunité du projet qui est en jeu et devrait faire l'objet d'un avis pour éclairer le décideur et lui permettre de décider* »²⁴⁴⁸. Or, si la question de l'opportunité d'un projet n'a pas été tranchée au stade du débat, elle revient en force au moment de l'enquête publique, alors que cette phase ultime ne devrait pas avoir cette fonction. Les commissions d'enquête se retrouvent dans une situation délicate, puisque « *pour la première fois, alors que la commission particulière s'est bornée au constat que le débat public a été sincère, elles ont l'obligation de se prononcer sur le fond du dossier, de dire si elles sont favorables ou défavorables au projet et de motiver leur avis, ce qui est une tâche infiniment plus délicate que celle qui consiste à veiller à la sincérité d'un débat et à en rendre compte* »²⁴⁴⁹. J.-C. Hélin préconise ainsi de revoir le rôle de la Commission nationale du débat public pour lui attribuer cette fonction consultative consistant à rendre un « *avis clairement produit par des personnes dénuées d'intérêt dans les projets en débat, complètement et préalablement informées de tous les effets de chaque solution possible, abritées des pressions, et ayant pris le temps de la discussion pour éclairer le décideur public* », plutôt que de se limiter à un simple compte rendu et un bilan des opinions « *qui ne permet en aucun cas de surmonter*

²⁴⁴⁷ J.-C. HÉLIN, « Le projet d'ordonnance relative au dialogue environnemental. Bien visé, mal tiré ? », *Énergie – Env. – Infrastr.*, 2016, alerte 261.

²⁴⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁴⁹ *Idem.*

les oppositions »²⁴⁵⁰. Avec cette nouvelle fonction, « *les projets les plus vivement contestés pourraient ainsi être légitimés ou abandonnés suffisamment tôt, et les enquêtes publiques y gagneraient nécessairement en crédibilité et en sérénité* »²⁴⁵¹. Si le droit évoluait dans ce sens, le rôle du tiers garant de la participation tendrait vers celui d'un « *médiateur social* »²⁴⁵² chargé de recevoir les points de vue de chaque partie opposée pour proposer une solution à même de convenir à tous. Cette proposition d'alignement est séduisante, mais reste grevée du même défaut apparent, celui du risque de survalorisation par le responsable du projet de la proposition du tiers garant par rapport à la synthèse des observations, sauf à ce qu'il soit systématiquement tenu d'y répondre. En définitive, il s'agirait ni plus ni moins de transposer le modèle québécois du Bureau des audiences publiques sur l'environnement (BAPE), qui fut à l'origine de la création de la Commission nationale du débat public en 1995. Il s'agit d'un organisme créé en 1978 et rattaché au ministère de l'environnement, mais indépendant dans son action. Outre sa mission d'organisation des procédures participatives, le BAPE a pour mission d'éclairer la prise de décision. Il est ainsi chargé de rendre un rapport par lequel il fait part de ses constatations et de son analyse sur l'opportunité et la faisabilité du projet soumis à la procédure d'enquête ou d'audience²⁴⁵³.

480. Il n'est pas aisé de choisir entre ces deux solutions consistant à inviter ou non le tiers garant à exprimer son point de vue sur le projet, compte tenu des avantages et des inconvénients de chacune de ces solutions. Le législateur n'a pour le moment pas franchi ce Rubicon, mais il tend à remettre en cause l'interdiction de principe pour la Commission nationale du débat public et les garants de la concertation. L'ordonnance du 3 août 2016 a entendu confier à la Commission nationale du débat public une nouvelle mission de conciliation entre les parties prenantes pour les projets soumis à études d'impact systématiquement ou par décision au cas par cas de l'autorité environnementale. Il est en effet prévu à l'article L. 121-2 du code de l'environnement qu'« *en cas de risque de conflits ou de différends, la commission peut être saisie pour tout projet tel que défini à l'article L. 122-1, par les parties concernées, lorsqu'elles sont identifiées, d'une demande commune et motivée de conciliation en vue d'aboutir à la reprise du dialogue entre ces parties et à un accord entre elles sur les modalités de participation*

²⁴⁵⁰ *Idem.*

²⁴⁵¹ *Idem.*

²⁴⁵² CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui, op. cit.*, p. 76.

²⁴⁵³ <http://www.bape.gouv.qc.ca>

du public au processus décisionnel. Ces parties comprennent au moins : -le maître d'ouvrage ; -une association agréée au niveau national, ou deux associations ou une fédération d'associations agréée (s) au titre de l'article L. 141-1 dans le cadre de la région ou du département territorialement intéressé. Cette saisine n'a pas de caractère suspensif pour la procédure en cours ». Ces dispositions impliquent *a contrario* que la Commission ne peut pas se saisir d'elle-même. Pour qu'elle puisse exercer son rôle de conciliation, il faut que le responsable du projet s'implique nécessairement dans la saisine. Au terme de l'article R. 121-18 du code de l'environnement, lorsqu'elle est saisie, la Commission n'est pas en situation de compétence liée mais décide l'opportunité de conduire une procédure de conciliation par une décision motivée. Le cas échéant, elle désigne un conciliateur parmi ses membres, pouvant faire appel à des experts extérieurs qui sont indemnisés par la commission. Lorsque la conciliation aboutit à un accord, un document indiquant les termes de la solution de compromis retenue et les modalités de suivi de l'accord par les parties prenantes est établi. Il est signé par le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable et toutes les parties prenantes ayant participé à la conciliation et rendu public. Par-delà ces modalités techniques, l'innovation reste limitée, car l'objet de la conciliation ne vise pas à la recherche d'une solution de consensus ou de compromis entre les parties sur le fond du projet. L'objet de cette conciliation reste limité à la reprise du dialogue et à un accord sur les modalités de participation du public.

Il ne s'agit aucunement de généraliser la pratique consistant pour le Gouvernement à nommer des médiateurs chargés de rendre un avis motivé sur l'opportunité d'un projet, comme ce fut le cas en 2017 dans le cadre du projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes. Dans cette affaire, le rapport des médiateurs avait conduit à exposer objectivement les avantages et les inconvénients des alternatives consistant à créer un nouvel aéroport ou à réaménager l'aéroport existant de Nantes Atlantique (ce dernier choix sera en définitive retenu), sans trancher le débat. Cette expérience réussie pourrait tout à fait conduire le législateur à expérimenter, sinon généraliser, cette solution consistant à inviter le tiers garant à exposer sa vision du projet, sans pour autant l'inviter à rendre un avis favorable ou défavorable, après avoir entendu les parties concernées. La limite de l'expérience de médiation de 2017 résidait toutefois dans la surreprésentation des associations de protection de l'environnement face au reste du public lors des auditions. Les particuliers non réunis en association n'ont tout simplement pas été auditionnés²⁴⁵⁴. La généralisation d'un tel dispositif nécessiterait de garantir l'esprit d'une

²⁴⁵⁴ Annexe n° 1 du rapport des médiateurs disponible sur le site Internet <https://mediation-aeroport-du-grand-ouest.fr>

participation de tout le public et de s'assurer que le responsable du projet prenne effectivement en compte les observations émises par ce dernier. À ce titre, le déroulement de l'enquête publique est intéressant car, suite à la phase de participation elle-même, le commissaire enquêteur rédige une synthèse des observations à l'adresse du responsable du projet en vue d'obtenir ces réponses éventuelles. Il peut parallèlement auditionner toute personne qu'il juge utile à la rédaction de son rapport et de ses conclusions. En procédant ainsi, un débat public suivi, en cas de conflit, d'une conciliation puis d'une prise de position publique sur le fond du projet, permettrait de garantir de façon optimale tout aussi bien la participation du public que le besoin d'aide à la décision et de légitimation de cette dernière grâce à l'implication d'une autorité dont le statut assure la neutralité et la compétence.

B – Le statut du tiers garant : une autorité indépendante, impartiale et compétente

481. La présence d'un tiers garant n'est utile au processus participatif que si elle est crédible aux yeux du public comme des responsables de projets. Pour s'assurer la capacité d'écoute du tiers garant, de la rédaction pertinente de la synthèse des observations et éventuellement de l'avis rendu, le droit positif organise ainsi un statut rigoureux d'indépendance (1), d'impartialité (2) et de compétence (3) pour les commissaires enquêteurs, pour les membres des commissions particulières de la Commission nationale du débat public et pour les garants de la concertation.

1) L'indépendance du tiers garant

482. Afin de garantir l'indépendance des commissaires enquêteurs, des membres de commissions particulières ainsi que des garants de la concertation précoce, ces derniers sont nommés par des autorités indépendantes du responsable du projet, plan ou programme et de l'autorité compétente pour l'autoriser. Cette autorité de nomination diffère selon que l'on s'intéresse au « réseau » des commissaires enquêteurs ou au « réseau » des membres des commissions particulières et des garants de la concertation.

483. Pendant longtemps, l'indépendance des commissaires enquêteurs et des membres des commissions d'enquête²⁴⁵⁵ n'était pas assurée puisque, dans le cadre de l'enquête publique de droit commun, ils étaient nommés par le représentant de l'État dans le département, sans encadrement juridique spécifique, alors que l'État était généralement l'autorité compétente pour approuver le projet. C'est ce qui faisait dire au Conseil d'État que « *la difficulté tient à ce que l'État est certes le garant fondamental de l'intérêt général, mais a fréquemment intérêt à la réalisation d'un projet : il est au demeurant assez souvent lui-même maître d'ouvrage de projets parmi les plus importants. Or ce sont les autorités de l'Etat ayant la charge d'organiser les procédures de consultations et d'enquêtes – essentiellement les préfets – qui sont conduites quelques mois plus tard à prononcer la déclaration d'utilité publique* »²⁴⁵⁶. La neutralité des tiers garants pouvait être sérieusement mise en doute, tout comme la crédibilité de l'enquête publique. Ce n'est que progressivement que leur indépendance a été renforcée, à deux niveaux.

L'autorité de nomination a évolué dans le cadre de l'enquête publique environnementale. Depuis la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983²⁴⁵⁷, ils sont désignés par le président du tribunal administratif ou le conseiller délégué par lui, après saisine par l'autorité compétente pour ouvrir et organiser l'enquête²⁴⁵⁸. Il faudra cependant attendre le 1^{er} janvier 2015²⁴⁵⁹ pour que l'enquête publique régie par le code de l'expropriation accueille cette évolution, et logiquement le 1^{er} janvier 2017 pour celle régie par le code des relations entre le public et l'administration.

Entre temps, la liberté de choix offerte au préfet, comme celle du président du tribunal administratif, avait tout de même été encadrée par l'institution de listes d'aptitude. Le décret du 23 avril 1985²⁴⁶⁰ avait ainsi institué la règle selon laquelle les commissaires enquêteurs et

²⁴⁵⁵ Une commission d'enquête est composée d'un nombre impair de membre en vertu de l'article R. 123-5 du code de l'environnement. Depuis l'ordonnance du 3 août 2016, l'article L. 123-4 dispose qu'« *en cas d'empêchement d'un commissaire enquêteur, le président du tribunal administratif ou le conseiller délégué par lui ordonne l'interruption de l'enquête, désigne un commissaire enquêteur remplaçant et fixe la date de reprise de l'enquête. Le public est informé de ces décisions* ». Cette nouvelle disposition met fin au système précédent qui prévoyait que des suppléants étaient systématiquement désignés.

²⁴⁵⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, op. cit., p. 87.

²⁴⁵⁷ Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, *JO*, 13 juillet 1983, p. 2156.

²⁴⁵⁸ Article L. 123-4 du code de l'environnement.

²⁴⁵⁹ Décret n° 2014-1635 du 26 décembre 2014 relatif à la partie réglementaire du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *JO*, n° 0300, 28 décembre 2014, p. 22598. Auparavant, alors que l'article 139 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JO*, 28 février 2002, p. 3808) disposait que les modalités de désignation sont définies par les dispositions du code de l'environnement, le décret n° 2002-1341 du 5 novembre 2002 (*JO*, n° 264, 13 novembre 2002, p. 18661) avait maintenu le préfet comme autorité de nomination.

²⁴⁶⁰ Décret n° 85-453 du 23 avril 1985 pris pour l'application de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, *JO*, 24 avril 1985, p. 4753.

membres des commissions d'enquête devaient être désignés par le Préfet sur une liste d'aptitude nationale, établie par le Ministère de l'équipement, ou départementale, établie par le Préfet. Là encore, l'indépendance des commissaires enquêteurs faisait défaut lorsque le projet relevait de la compétence de l'État. Il pouvait en aller différemment pour les enquêtes publiques environnementales, car le président du tribunal administratif pouvait, s'il le souhaitait, se détacher de ces listes d'aptitude. La règle a évolué avec la loi « paysages » du 8 janvier 1993²⁴⁶¹, en contraignant le président du tribunal administratif à désigner les commissaires enquêteurs parmi une liste d'aptitude établie par une commission paritaire présidée par le Préfet avant de l'être par le président du tribunal administratif ou le conseiller qu'il délègue²⁴⁶² depuis la loi « Barnier » du 2 février 1995²⁴⁶³. Ces listes sont établies pour une année civile et sont rendues publiques²⁴⁶⁴. Le choix n'est pas nécessairement limité aux listes des départements faisant partie du ressort du tribunal. Depuis 1998²⁴⁶⁵, ces règles s'appliquent aux enquêtes régies par le code de l'expropriation, et depuis 2017 à celles régies par le code des relations entre le public et l'administration.

484. De leur côté, les membres des commissions particulières lors d'un débat public et les garants de la concertation²⁴⁶⁶ sont nommés par l'autorité administrative indépendante qu'est la

²⁴⁶¹ Loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages et modifiant certaines dispositions législatives en matière d'enquêtes publiques, *JO*, n° 7, 9 janvier 1993, p. 503.

²⁴⁶² Article R. 123-34 du code de l'environnement : « *I.-La commission départementale chargée d'établir la liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur, mentionnée à l'article L. 123-4, est présidée par le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue.*

II. La commission départementale comprend en outre :

1° Quatre représentants de l'État désignés par le préfet du département, dont le directeur de la direction départementale des territoires ou de la direction départementale des territoires et de la mer ou de l'unité territoriale de la direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement d'Ile-de-France, le directeur régional de l'environnement, de l'aménagement et du logement ou le directeur régional et interdépartemental de l'environnement et de l'énergie d'Ile-de-France ou, dans les départements d'outre-mer, le directeur de l'environnement, de l'aménagement et du logement, ou leurs représentants ;

2° Un maire d'une commune du département, désigné par l'association départementale des maires ou, à défaut d'association ou lorsqu'il en existe plusieurs, élu par le collège des maires du département convoqué à cet effet par le préfet ; le vote peut avoir lieu par correspondance ;

3° Un conseiller départemental du département désigné par le conseil départemental ;

4° Deux personnalités qualifiées en matière de protection de l'environnement désignées par le préfet du département après avis du directeur régional chargé de l'environnement ;

Une personne inscrite sur une liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur, désignée par le préfet du département après avis du directeur régional chargé de l'environnement assiste, en outre, avec voix consultative aux délibérations de la commission ».

²⁴⁶³ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 3 février 1995, p. 1840.

²⁴⁶⁴ Articles L. 123-4 et R. 123-38 du code de l'environnement.

²⁴⁶⁵ Décret n° 98-622 du 20 juillet 1998 relatif à l'établissement des listes d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur prévues à l'article 2 de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 modifiée, *JO*, n° 168, 23 juillet 1998, p. 11267.

²⁴⁶⁶ Article L. 121-16-1 du code de l'environnement.

Commission nationale du débat public, dont la composition assure la représentation de l'administration, du Parlement, de l'autorité juridictionnelle, ainsi que de la société civile²⁴⁶⁷. À l'instar des commissaires enquêteurs, les garants de la concertation sont nommés parmi les membres d'une liste nationale établie par la Commission nationale du débat public. Cette liste est rendue publique²⁴⁶⁸. Ce dispositif n'est toutefois pas organisé lorsqu'il s'agit de nommer les membres des commissions particulières chargées d'animer certains débats publics ; la Commission nationale du débat public nomme alors librement le président de la commission particulière et les autres membres sur proposition de ce dernier²⁴⁶⁹.

485. Cette situation invite à se poser la question de l'unification du régime des autorités de nomination. On ne comprend aujourd'hui pas pourquoi le droit positif continue d'organiser des régimes distincts toutefois marqués par tant de similarités. Sauf exception, le droit organise toujours des listes d'aptitude. Ce qui diffère, c'est l'autorité de nomination du garant et l'autorité compétente pour établir la liste d'aptitude. Afin d'instaurer une cohérence d'ensemble, les commissaires enquêteurs, les garants de la concertation, mais aussi les membres de commissions particulières devraient pouvoir être choisis au sein de listes d'aptitude départementales et nationale, pouvant toutes être constituées par la Commission nationale du débat public. Aujourd'hui déjà, dans le cas où une concertation préalable est organisée sous l'égide d'un garant, le président du tribunal administratif peut désigner ce garant en qualité de commissaire enquêteur si ce dernier est inscrit sur l'une des listes d'aptitude de commissaire enquêteur²⁴⁷⁰. Il pourrait être intéressant de rendre ce dispositif contraignant, afin de renforcer les liens entre les procédures de concertation et de consultation du public portant sur un même projet. S'agissant de la question de l'autorité de nomination, le statut quo ne semble pas poser de problème particulier. La fréquence des enquêtes publiques rend inutile une nomination par

²⁴⁶⁷ Article L. 121-3 du code de l'environnement : « *La Commission nationale du débat public est composée de vingt-cinq membres nommés pour cinq ans ou pour la durée de leur mandat. Outre son président et deux vice-présidents, elle comprend : 1° Un député et un sénateur (...); 2° Six élus locaux (...); 3° Un membre du Conseil d'État (...); 4° Un membre de la Cour de cassation (...); 5° Un membre de la Cour des comptes (...); 6° Un membre du corps des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (...); 7° Deux représentants d'associations de protection de l'environnement agréées (...); 8° Deux représentants des consommateurs et des usagers (...); 9° Deux personnalités qualifiées (...); 10° Deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires* ». Pour un aspect critique de l'indépendance structurelle de la Commission, voir Pour des exemples d'application à l'échelle régionale, voir M.-F. DELHOSTE, « Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen », *op. cit.*, p. 1061.

²⁴⁶⁸ Article L. 121-1-1 du code de l'environnement.

²⁴⁶⁹ Article R. 121-7 du code de l'environnement.

²⁴⁷⁰ Article L. 123-4 alinéa 2 du code de l'environnement.

la Commission nationale du débat public, dont l'organe délibérant ne se réunit qu'à intervalle régulier. Tout au plus, ce pouvoir de nomination pourrait être confié au président de la Commission nationale du débat public, puisqu'il est un agent permanent de cette autorité administrative indépendante, ou à un délégué régional²⁴⁷¹. Cet effort d'unification permettrait de soulager les « *juges administratifs, déjà très sollicités, une mission assez complexe* », puisque pour les enquêtes publiques, ce que sont eux qui ont « *la tâche de découvrir les commissaires enquêteurs capables de jouer le rôle que leur attribue la loi* »²⁴⁷². Cette tâche pourrait tout à fait être monopolisée par la Commission nationale du débat public.

486. Cet effort d'unification pourrait se prolonger dans le volet financier de l'indépendance. Cette exigence se prolonge en effet par une indépendance dans l'autorité de rémunération afin d'éviter tout conflit d'intérêt. Aujourd'hui, s'agissant de l'enquête publique, les frais de la procédure, dont fait partie l'indemnisation du commissaire enquêteur ou des membres de la commission d'enquête, sont pris en charge par le responsable du projet, plan ou programme²⁴⁷³. Toutefois, le commissaire enquêteur et les membres de la commission d'enquête sont indemnisés par un fonds d'indemnisation des commissaires enquêteurs²⁴⁷⁴ sur la base de montants fixés par ordonnance du président du tribunal administratif ou du conseiller délégué par lui. Il revient alors au responsable du projet, plan ou programme de verser ces sommes au fonds d'indemnisation, déduction faite des éventuelles provisions²⁴⁷⁵ et acomptes déjà effectués. De la même façon, le responsable du projet assume les dépenses liées au débat public et à la concertation préalable par l'intermédiaire d'un fonds de concours²⁴⁷⁶. Néanmoins, le coût des

²⁴⁷¹ Article L. 121-4 du code de l'environnement : « (...) Pour l'exercice de ses missions, elle peut désigner des délégués dans chaque région. La fonction de délégué régional donne lieu à indemnité ».

²⁴⁷² Y. JÉGOUZO, « La réforme de l'enquête publique », *op. cit.*, p. 226.

²⁴⁷³ Articles L. 123-18 et R. 123-25 du code de l'environnement.

²⁴⁷⁴ Articles R. 123-25, 26 et 27 du code de l'environnement. La Caisse des dépôts et consignations assure la gestion comptable et financière du fonds dans les conditions définies par une convention conclue avec l'État, représenté par le ministre chargé de l'environnement, et soumise à l'approbation du ministre chargé des finances. Cette convention précise, notamment, les modalités d'approvisionnement, de gestion et de contrôle du fonds. Depuis le 1^{er} janvier 2015, cette disposition a été rendue applicable aux enquêtes publiques régies par le code de l'expropriation (article R. 111-2), mais pas pour celles régies par le code des relations entre le public et l'administration, pour lesquelles le maître d'ouvrage doit toujours indemniser directement le commissaire enquêteur (article R. 134-20).

²⁴⁷⁵ Voir article L. 123-18 du code de l'environnement. Avant l'ordonnance du 3 août 2016, des provisions étaient systématiquement versées. Désormais, elles sont décidées sur demande motivée du ou des commissaires enquêteurs, notamment pour bénéficier d'une allocation provisionnelle qui sera versée par le fond d'indemnisation dans la limite des sommes perçues de la personne responsable du projet, plan ou programme.

²⁴⁷⁶ Pour ce faire, un fonds de concours est destiné à recevoir les contributions financières. Article L. 121-6 du code de l'environnement. En outre, « lorsque le maître d'ouvrage n'est pas connu au moment du débat public, le préfinancement de ce dernier est assuré selon les cas par l'État, un de ses établissements publics ou une ou plusieurs collectivités territoriales. Dès qu'il est connu, le maître d'ouvrage rembourse le préfinancier. Lorsque

études techniques et expertises complémentaires reste à la charge de la Commission nationale du débat public, dans le cadre des crédits inscrits au budget général de l'État pour son fonctionnement. Là encore, un processus d'unification sous l'égide de la Commission nationale du débat public semble tout à fait envisageable.

2) *L'impartialité du tiers garant*

487. L'exigence d'indépendance se prolonge naturellement par une exigence d'impartialité. Mais, « *l'indépendance du tiers garant (...) n'assure pas (...) à coup sûr son impartialité* »²⁴⁷⁷. Comme l'impose l'article L. 121-16-1 du code de l'environnement, les garants d'une procédure de concertation préalable sont tenus à une « *obligation de neutralité et d'impartialité* »²⁴⁷⁸. Il en va pareillement pour les membres de la Commission nationale du débat public et des commissions particulières et des commissaires enquêteurs²⁴⁷⁹.

Il revient dans la pratique au juge de contrôler que le tiers garant a bien effectué sa mission en toute impartialité, ce qui se juge selon une double approche. D'une part, le tiers garant ne doit pas être soupçonné d'impartialité subjective, c'est-à-dire que ne peuvent être désignées les personnes intéressées au projet à titre personnel, notamment pour des raisons financières. La jurisprudence est ancienne et abondante²⁴⁸⁰. Mais, la notion d'impartialité dépasse celle d'intérêt personnel. En effet, d'autre part, le tiers garant est soumis à une exigence d'impartialité objective, qui prend en considération les « *relations privilégiées, qu'elles soient amicales ou professionnelles* »²⁴⁸¹, qu'il entretient le tiers garant avec le responsable du projet ou l'autorité compétente, même s'il n'y est pas lui-même personnellement intéressé. Si la règle

le préfinancier est l'État, le remboursement s'opère par voie d'attribution de produit, en application du III de l'article 17 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances ».

²⁴⁷⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 606.

²⁴⁷⁸ Article L. 121-1-1 III du code de l'environnement.

²⁴⁷⁹ Les dispositions sont alors codifiées aux articles L. 121-5, L. 123-5 et R. 123-4 du code de l'environnement.

²⁴⁸⁰ Pour l'examen de l'impartialité du commissaire enquêteur : CE, 22 novembre 1918, Mignars, *Rec.*, tables, p. 1038 ; CE 16 décembre 1936, Rey, *Rec.*, tables, p. 1112 ; CE, 19 février 1964, Binet, *AJDA*, 1964, p. 622 ; CE, 17 mars 1972, Auchier, *Rec.*, p. 231 ; CE 4 juillet 1952, Decharme, *Rec.*, p. 362 ; CE, 20 mai 1966, Dame Veuve Pouvillon, conclusions BRAIBANT, *Rec.*, p. 355.

Pour l'examen de l'impartialité des membres de la Commission nationale du débat public et des commissions particulières : CE, 11 janv. 2008, n° 292493, Lesage et M. et Mme de Bouard, *Rec.*, p. 1.

²⁴⁸¹ A.-M. LE POURHIET, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978, p. 65.

est depuis longtemps imposée²⁴⁸², elle trouve ses limites puisque le droit positif retient un critère temporel. Le Conseil d'État a notamment pu considérer, à propos d'un projet porté par l'Etat, que la désignation comme commissaire enquêteur d'un ancien fonctionnaire de l'Etat, qui avait fait valoir ses droits à la retraite six années auparavant, ne constituait pas une irrégularité²⁴⁸³. Afin de clarifier les règles juridiques sur cette question de l'impartialité objective, le pouvoir réglementaire a lui-même fixé ce critère temporel pour la désignation des commissaires enquêteurs. Depuis le décret n° 98-622 du 20 juillet 1998²⁴⁸⁴, il est prévu que « *ne peuvent être désignées pour exercer les fonctions de commissaire enquêteur les personnes intéressées à l'opération soit à titre personnel, soit en raison des fonctions qu'elles exercent ou ont exercées depuis moins de cinq ans, notamment au sein de la collectivité, de l'organisme ou du service qui assure la maîtrise d'ouvrage, la maîtrise d'œuvre ou le contrôle de l'opération soumise à enquête, ou au sein des associations concernées par cette opération* »²⁴⁸⁵. Afin de garantir autant que possible cette exigence d'impartialité, chaque commissaire enquêteur ou membre d'une commission d'enquête doit indiquer au président du tribunal administratif, avant sa désignation, les activités exercées au titre de ses fonctions précédentes ou en cours qui pourraient être jugées incompatibles avec les fonctions de commissaire enquêteur, et signe une déclaration sur l'honneur attestant qu'il n'a pas d'intérêt personnel au projet, plan ou programme. Le manquement à cette règle constitue un motif de radiation de la liste d'aptitude de commissaire enquêteur. Il n'existe pas de précisions textuelles équivalentes pour les garants de la concertation préalable et pour les membres des commissions particulières lors d'un débat public²⁴⁸⁶.

La principale limite à l'exigence d'impartialité tient dans le fait que le juge n'apprécie pas l'attitude du tiers garant vis-à-vis du projet. Le fait pour un commissaire enquêteur d'avoir préalablement pris parti pour ou contre le projet n'est pas en tant que tel un motif de partialité. Par exemple, dans un arrêt du 19 octobre 2015 « Mme B », la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré que « *la circonstance, à la supposer établie, que le commissaire*

²⁴⁸² Pour l'enquête publique : CE, 27 février 1970, Chenu, *Rec.*, p. 148 ; CE, 9 mai 1975, Commune de Longvic, *Rec.*, tables, p. 1072 ; *RDP*, 1975, p. 1498 ; CE, 17 février 1967, Ville de Cherbourg, *Rec.*, p. 77 ; CE 11 février 1970, Ministre de l'Intérieur c/ Pequignot, *Rec.*, tables, p. 1072 ; *AJDA*, 1970, p. 362.

Pour les membres de la Commission nationale du débat public et des commissions particulières : CE, 11 janv. 2008, n° 292493, Lesage et M. et Mme de Bouard, *Rec.*, p. 1.

²⁴⁸³ CE, 1^{er} décembre 1982, Ville de Lambersart et autres, *CJEG*, 1983, p. 170.

²⁴⁸⁴ Décret n° 98-622 du 20 juillet 1998 relatif à l'établissement des listes d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur prévues à l'article 2 de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 modifiée, *JO*, n° 168, 23 juillet 1998, p. 11267 (article 11).

²⁴⁸⁵ Article R. 123-4 du code de l'environnement.

²⁴⁸⁶ CE, 11 janv. 2008, n° 292493, Lesage et M. et Mme de Bouard, *Rec.*, p. 1.

enquêteur ait tenté de persuader les personnes venant participer à l'enquête, du bienfondé du projet de déviation et qu'il aurait contesté les arguments présentés par les opposants au projet ne suffit pas, à elle seule, à établir que la procédure n'a pas respecté le principe d'impartialité qui s'impose, alors qu'il n'est pas même allégué que ladite personne avait un intérêt personnel dans la réalisation dudit projet »²⁴⁸⁷. « On voit donc ici que le juge recherche les éléments de nature objective qui pourraient remettre en cause l'impartialité du commissaire enquêteur, ce qui semble extrêmement rare en pratique »²⁴⁸⁸.

3) *La compétence du tiers garant*

488. La mission du tiers garant nécessite de s'assurer de sa compétence. Pour que sa mission soit jugée crédible par les acteurs, il faut qu'il possède de bonnes connaissances juridiques, techniques, scientifiques, économiques ou encore sociales. C'est sur la maîtrise des enjeux d'un projet, plan ou programme par le tiers garant que repose la philosophie du dispositif consistant à organiser sa présence pour que le public puisse lui adresser ses observations, notamment des questions, pour qu'il en fasse une synthèse objective et surtout, s'agissant du commissaire enquêteurs pour qu'il prenne position sur le fond du projet. Il s'agit ni plus ni moins de répondre à cette question : *« comment accorder un crédit à l'avis d'une personne dont on n'est pas sûr qu'elle soit en mesure d'appréhender les véritables enjeux de la question ? »*²⁴⁸⁹. Cette question est d'autant plus importante que les projets, plans ou programmes soumis au processus participatif sont souvent complexes. Sans une maîtrise technique des enjeux, il serait difficile de légitimer son intervention vis-à-vis des acteurs. *« Qu'il donne un avis favorable, les associations et les particuliers considèreront que les jeux étaient faits d'avance. Qu'il donne un avis défavorable, les maîtres d'ouvrage et les collectivités territoriales dénonceront au mieux la manipulation du commissaire-enquêteur, au pire le règlement de compte politique »*²⁴⁹⁰.

²⁴⁸⁷ CAA de Marseille, 19 octobre 2015, n° 14MA01232, Mme B.

²⁴⁸⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 606.

²⁴⁸⁹ C. BROUSSARD, « Professionnaliser les commissaires-enquêteurs », *Etudes foncières*, mars-avril 1993, p. 37.

²⁴⁹⁰ *Idem*.

Pour assurer la désignation de personnalités compétentes, l'inscription des commissaires enquêteurs sur les listes d'aptitude départementales s'opère selon des critères précisés réglementairement. Il revient à la commission départementale de vérifier que le postulant remplit les conditions requises. Pour ce faire elle doit procéder à l'audition des candidats à l'inscription ou à la réinscription²⁴⁹¹. Les candidats sont alors retenus « *en fonction notamment de leur compétence et de leur expérience, parmi les personnes qui manifestent un sens de l'intérêt général*²⁴⁹², *un intérêt pour les préoccupations d'environnement, et témoignent de la capacité d'accomplir leur mission avec objectivité, impartialité et diligence* »²⁴⁹³. Pour apprécier les qualités des candidats, la demande d'inscription sur une liste d'aptitude doit être assortie de précisions utiles, notamment l'indication sur sa disponibilité et, éventuellement, sur les moyens matériels de travail dont il dispose, notamment le véhicule et les moyens bureautiques et informatiques, l'indication des titres ou diplômes du postulant, de ses éventuels travaux scientifiques, techniques et professionnels, l'indication des formations suivies, pour les demandes de réinscriptions, ainsi que l'indication des différentes activités exercées ou fonctions occupées dans un cadre professionnel ou associatif²⁴⁹⁴. Ce cadre réglementaire n'a pas été transposé pour la désignation des membres des commissions particulières chargées d'animer les débats publics et pour l'inscription des tiers garants sur une liste d'aptitude. Il revient simplement à la Commission nationale du débat public de déterminer elle-même ses propres critères sous le contrôle du juge. Là encore, le droit positif ne se caractérise pas par son uniformité.

Cette exigence de compétence apporte une nuance à l'exigence d'impartialité. Un tiers garant compétent a idéalement une connaissance des enjeux, ce qui est en principe le fruit de son expérience. Il exerce ou il a exercé des activités professionnelles ou associatives dans le domaine administratif, dans le domaine de l'aménagement ou dans le domaine de la protection de l'environnement. Un tiers garant doit certes accomplir sa mission « *avec objectivité,*

²⁴⁹¹ Article R. 123-41 du code de l'environnement.

²⁴⁹² Entre dans ce cadre, l'indication à l'article D. 123-39 du code de l'environnement selon laquelle « *nul ne peut être inscrit sur une liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur si des condamnations ou décisions sont mentionnées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire* »

²⁴⁹³ Article R. 123-41 du code de l'environnement. Cet article précise en outre que « *nul ne peut être maintenu sur la liste d'aptitude plus de quatre ans sans présenter une nouvelle demande. Il est procédé à une révision annuelle de la liste pour s'assurer notamment que les commissaires enquêteurs inscrits remplissent toujours les conditions requises pour exercer leur mission. La radiation d'un commissaire enquêteur peut, toutefois, être prononcée à tout moment, par décision motivée de la commission, en cas de manquement à ses obligations. La commission doit, au préalable, informer l'intéressé des griefs qui lui sont faits et le mettre à même de présenter ses observations* ». En outre, peut être radié des listes d'aptitude tout commissaire enquêteur ayant manqué à ses obligations.

²⁴⁹⁴ Article D. 123-40 II du code de l'environnement.

impartialité et diligence »²⁴⁹⁵, mais on comprend aisément que, selon qu'un commissaire enquêteur ait exercé ou exerce des fonctions au sein d'une entreprise maîtresse d'ouvrage, d'une administration responsable ou chargée d'autoriser un projet, plan ou programme, ou membre d'une association à objet environnemental, il sera plus ou moins enclin à prendre en compte des arguments favorables ou défavorables au projet, plan ou programme. Cette situation est d'autant plus caractérisée lorsque la personne concernée a exercé des fonctions au sein du service responsable du projet, de l'autorité compétente ou au sein d'associations concernées par l'opération. Nous l'avons vu, le pouvoir réglementaire comme le juge, se contente d'un critère temporel fixé à cinq pour les commissaires enquêteurs. L'idéal reste alors qu'une commission d'enquête soit désignée car elle offre au public une garantie de diversité des compétences et des catégories socioprofessionnelles représentées. Mais ce choix reste dépendant de la nature et de l'importance des opérations²⁴⁹⁶.

Historiquement, les personnes inscrites sur les listes d'aptitude ont souvent eu comme profil commun d'être des agents publics à la retraite. D'une part, les agents publics représentent par nature l'intérêt général, ce qui facilite le choix établi sur ce critère. D'autre part, les retraités disposent du temps nécessaire à cette fonction qui n'est certes pas une activité à plein temps, mais qui demande une grande disponibilité. Comme l'évoque la Compagnie nationale des commissaires enquêteurs, même si « *le nombre d'enquêtes annuellement ordonnées pour chaque commissaire enquêteur est de l'ordre de 1 à 2 en moyenne (parfois moins !)* (...). *En revanche, une enquête peut intervenir aussi bien pendant les vacances estivales qu'en fin d'année, ce qui exige de la part du commissaire enquêteur une grande disponibilité dès l'instant qu'il accepte d'être désigné* »²⁴⁹⁷. En outre, il a été souvent évoqué que la rémunération de la fonction de commissaire enquêteur n'incitait pas à la diversification des profils. La rémunération, déterminée par le tribunal administratif, se compose de deux éléments : un remboursement des frais engagés sur justificatifs et une indemnité calculée en vacations²⁴⁹⁸. Le nombre de vacations est alloué au commissaire enquêteur sur la base du nombre d'heures que le commissaire enquêteur déclare avoir consacrées à l'enquête depuis sa nomination jusqu'au rendu du rapport et des conclusions motivées, en tenant compte des difficultés de l'enquête ainsi

²⁴⁹⁵ Article R. 123-41 du code de l'environnement.

²⁴⁹⁶ Article L. 123-4 du code de l'environnement.

²⁴⁹⁷ <http://www.cnce.fr/enquetes-publiques/commissaire-enqueteur>.

²⁴⁹⁸ Article R. 123-25 du code de l'environnement.

que de la nature et de la qualité du travail fourni par celui-ci²⁴⁹⁹. Le montant de chaque vacation, fixé par arrêté du ministère de l'environnement, a été révisé à plusieurs reprises afin de valoriser la fonction de commissaire enquêteur. Aujourd'hui, il est possible de constater une plus grande diversité de profils dans l'étude de la composition des listes d'aptitude. Il n'est pas rare que les tiers garants soient issus du secteur privé ou associatif. Mais, le profil des agents publics à la retraite reste majoritaire tant au sein des commissaires enquêteurs, des garants de la concertation que des membres de commissions particulières. Par exemple, la liste d'aptitude des trente-neuf commissaires enquêteurs en Ille-et-Vilaine pour 2018 comprend seize retraités et six agents de la fonction publique, neufs retraités et huit actifs du secteur privé.

489. Ce même besoin de compétences peut justifier le recours à des personnalités extérieures en soutien au tiers garant. Nous avons vu qu'il peut avoir besoin du recours à l'expertise, pour compléter son information ou celle du public²⁵⁰⁰. De la même façon, comme le font de nombreuses autorités organisatrices, le tiers garant peut être conduit à faire appel à des « *professionnels de la participation* »²⁵⁰¹, lorsqu'il est chargé de conduire lui-même la procédure participative, ce qui est le cas lorsque la Commission nationale du débat public décide d'organiser un débat public ou une concertation préalable. Il peut tout aussi bien s'agir des agents de la Commission que des prestataires externes qui se sont particulièrement développés depuis les années 2000. Si le tiers garant reste officiellement chargé de recevoir et de synthétiser les observations, le recours à des professionnels de la participation relativise la portée de cette affirmation. Dans les faits, le tiers garant n'est pas véritablement chargé de mener les débats. Il se borne en réalité à superviser le processus et à rédiger son rapport. Il semble que de plus en plus, « *l'organisation de la consultation des habitants se donne à voir désormais comme une affaire de spécialistes* »²⁵⁰².

²⁴⁹⁹ Dans le cas d'une commission d'enquête, il appartient au président de la commission de présenter, sous son couvert, le nombre d'heures consacrées à l'enquête et le montant des frais de chacun des membres de la commission, compte tenu du travail effectivement réalisé par chacun d'entre eux.

²⁵⁰⁰ Voir *supra*, n° 470.

²⁵⁰¹ L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, op. cit., p. 22-23.

²⁵⁰² *Idem*.

C – Un domaine pouvant raisonnablement être élargi s’agissant des procédures de participation du public

490. Si le législateur a souhaité développer la présence d’un garant de la participation du public pour les procédures d’enquête publique, de débat public et de concertation préalable régie par le code de l’environnement, il a également souhaité dans un même mouvement ne pas l’imposer pour les autres procédures de participation du public. À ce jour, aucun garant n’est d’abord requis pour les procédures de participation du public en dehors de la matière environnementale, à savoir les procédures de concertation régies par les articles L. 103-2 et suivants et L. 300-2 du code de l’urbanisme, la procédure de consultation ouverte sur Internet régie par les articles L. 132-1 et suivants du même code, ainsi que les procédures d’association du public mises en œuvre en dehors des cas régies par les lois et les règlements. Aucun garant n’est ensuite requis dans les procédures de participation du public régies par le code de l’environnement autres que l’enquête publique, le débat public et la concertation préalable. Le législateur reste ici parfaitement libre, puisque la Charte de l’environnement comme la Convention d’Aarhus ne prévoient pas cet élément du régime de la participation du public en matière environnementale. Dans toutes ces hypothèses, la présence d’un tiers garant fait tout au plus l’objet d’une recommandation dénuée de valeur juridique. Sa présence a ainsi été préconisée à l’article 7 de la Charte de la concertation de 1996, intitulé « *la concertation nécessite souvent la présence d’un garant* ». La nouvelle Charte de la participation du public reprend cette exigence dans son article 1^{er}, qui indique notamment que « *pour renforcer la qualité du dialogue et la confiance entre les participants, le porteur de projet fait appel à un tiers garantissant le processus participatif ou à des participants ayant cette fonction. Ce dispositif répond à un objectif de neutralité et d’impartialité sur la conduite du processus participatif. Il relève, autant que possible, d’un consensus entre les participants avant sa mise en place. Le tiers garant ou les participants ayant cette fonction produisent un bilan qui résume la façon dont s’est déroulée la participation, relevant les points de convergence et de divergence résultant des débats. Ce bilan est remis au porteur de projet, ou au décisionnaire, au titre des éléments préparatoires à son choix final. Il fait l’objet d’une diffusion large auprès du public et est accessible au moins jusqu’à la mise en œuvre du projet* ».

491. La question de la généralisation du dispositif du tiers garant a été soulevée tout aussi bien par la doctrine²⁵⁰³ que par le Conseil d'État qui, dans son rapport de 2011, proposait, parmi les principes directeurs qui régiraient le recours à des concertations ouvertes précédant la prise de décision, de « *garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la concertation et mettre en place, le cas échéant, un tiers garant* »²⁵⁰⁴. Se pose alors la question de savoir quel pourrait être le domaine exact de cette exigence nouvelle.

On peut tout à fait comprendre la volonté du législateur de ne pas imposer la présence du tiers garant lorsque la procédure de participation du public est organisée sur la base d'un choix volontaire du responsable du projet, plan ou programme. Cette situation se présente dans le cadre des procédures de concertation régie par le code de l'environnement, de concertation régie par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, de consultation ouverte sur Internet régie par les articles L. 132-1 et suivants du même code, ainsi que d'association du public mise en œuvre en dehors des cas régies par les lois et les règlements. La contrainte qui en résulterait aurait un effet contreproductif. Elle dissuaderait les administrations concernées de développer volontairement la participation citoyenne, compte tenu de la charge financière nécessairement liée à la rémunération du tiers garant. Cette dernière n'est pas en tant que telle nécessairement élevée, mais il n'y a aucune raison d'imposer une telle charge à des administrations volontaires. En outre, il serait nécessaire de respecter une procédure inutilement lourde de désignation, compte tenu cette fois-ci des exigences d'indépendance et d'impartialité du tiers garant. Pour ces raisons, il n'est pas illogique de laisser à l'organisateur le soin de faire appel, s'il le souhaite, à des professionnels de l'animation des processus participatifs sélectionnés selon les règles des marchés publics²⁵⁰⁵. Pour ces mêmes raisons, l'absence d'un tiers garant n'est pas non plus gênante lorsque la procédure de participation du public, bien qu'obligatoire, ne concerne qu'une procédure de modification ou de révision d'un document n'altérant son économie générale ou ne concerne qu'un projet de faible importance. Pareillement, cette situation peut aussi se justifier lorsqu'un projet d'importance a déjà fait l'objet d'une procédure organisée sous l'égide d'un garant. Va exactement dans ce sens la loi n° 2018-727 du 10 août 2018²⁵⁰⁶ qui prévoit un dispositif d'expérimentation consistant à remplacer l'enquête publique environnementale par la procédure simplifiée de consultation du public régie par l'article L. 123-19 pour les projets

²⁵⁰³ Voir notamment F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

²⁵⁰⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 87.

²⁵⁰⁵ La présence d'un tiers garant n'est d'ailleurs pas exclusive de celle de professionnels de l'animation.

²⁵⁰⁶ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, *JO*, n° 0184, 11 août 2018, texte n° 1.

ayant donné lieu à une concertation préalable régie par les articles L. 121-15-1 et suivants du code de l'environnement sous l'égide d'un garant. Cependant, pour tenir compte de leur importance, le législateur n'a pas intégré dans cette expérimentation les projets soumis à débat public.

À cet égard, apparaît plus contestable le choix du législateur de remplacer, pour les opérations d'aménagement, la procédure d'enquête publique par la procédure simplifiée de l'article L. 123-19 du code de l'environnement lorsqu'une concertation a été organisée en vertu du code de l'urbanisme, alors que cette dernière n'accueille pas de tiers garant. De la même façon, il n'apparaît pas très logique d'organiser la présence du tiers garant au stade d'une enquête publique alors qu'elle ne l'est pas au stade de la concertation préalable. Si le législateur reconnaît l'importance de la phase de participation précoce, il n'y a aucune raison qu'elle soit moins contraignante pour le responsable du projet que la phase ultérieure de consultation du public. Cette situation se présente aujourd'hui notamment lors de l'élaboration ou la révision d'un schéma de cohérence territoriale ou d'un plan local d'urbanisme. Peut être enfin critiqué le souhait du législateur de ne pas organiser la présence d'un tiers garant lorsque seule une procédure de consultation du public est organisée. Cette situation caractérise notamment les procédures régies par les articles L. 123-19-1 ou L. 123-19-2 du code de l'environnement est organisée pour un projet, plan ou programme ayant des incidences directes et significatives sur l'environnement. Absente du projet de loi initial, cette question de la mise en place d'un garant avait pourtant été débattue au Sénat lors de l'examen de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement²⁵⁰⁷. Un amendement avait proposé de confier à la Commission nationale du débat public une fonction de garant de la participation pour la procédure actuellement régie par l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement. Opposé à cette proposition, le Gouvernement a proposé que le recours au garant fasse l'objet d'une expérimentation, afin de lui permettre d'évaluer la charge matérielle et financière d'une telle proposition²⁵⁰⁸. L'article 3 de la loi disposait alors qu'« à titre expérimental, à compter du 1^{er} avril 2013 et pour une durée de dix-huit mois, dans le cadre des consultations organisées sur certains projets de décrets et d'arrêtés ministériels en application de l'article L. 120-1 du code de l'environnement : (...) 2° La rédaction de cette synthèse est confiée à une personnalité

²⁵⁰⁷ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012, relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, 28 décembre 2012, p. 20578.

²⁵⁰⁸ F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *op. cit.*

qualifiée, désignée par la Commission nationale du débat public (...) ». À cette fin, le décret du 27 décembre 2013²⁵⁰⁹ avait identifié des projets de décrets ou d'arrêtés ministériels pris en matière de préservation du patrimoine naturel²⁵¹⁰, de chasse²⁵¹¹ et d'installations classées²⁵¹². L'expérimentation a eu lieu entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} octobre 2014 et a porté sur une vingtaine de projets de décisions. Malgré l'absence d'un rapport évaluant cette expérimentation, « *au 1^{er} octobre 2014, (...) l'obligation de faire rédiger la synthèse des observations du public par une personnalité qualifiée a pris fin* »²⁵¹³. Malheureusement, ce dispositif n'a pas été réitéré ultérieurement.

En définitive, le législateur serait fondé à imposer un cadre d'ensemble pour la présence du tiers garant. Ce cadre pourrait reposer sur une règle de principe selon laquelle les procédures de participation du public requises en vertu de la loi doivent être systématiquement organisées sous l'égide d'un tiers garant. Seuls les projets de faible importance pourraient en être exemptés, selon une liste établie en Conseil d'État. Il ne nous semble pas nécessaire de poursuivre le mouvement de réduction de la place accordée au tiers garant pour les procédures de consultation du public ultérieure à une phase de participation précoce, puisque ces deux étapes constituent idéalement les deux phases d'un même processus de concertation au sens large du terme, seule le contenu de l'information relative au projet devrait diverger.

²⁵⁰⁹ Décret n° 2013-1303 du 27 décembre 2013 relatif à l'expérimentation prévue à l'article 3 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO*, n° 0304, 31 décembre 2013, p. 22346.

²⁵¹⁰ Articles L. 411-1 à L. 411-4 du code de l'environnement.

²⁵¹¹ Articles L. 424-2, R. 424-4, R. 424-9 et R. 424-14 du code de l'environnement.

²⁵¹² Articles L. 511-2, L. 512-5 et L. 512-7 du code de l'environnement.

²⁵¹³ Réponse de la Ministre de l'écologie et du développement durable, le 24 février 2015, à la question n° 53659 posée par le député P. Morel-à-L'Huissier.

§ 2 - Le tiers garant des procédures contradictoires

492. La présence d'un tiers garant au sein des procédures contradictoires préalables aux décisions individuelles défavorables résulte d'une application très particulière de la contradiction en procédure administration non contentieuse. Elle manifeste l'existence d'une procédure contradictoire « *quasi-triangulaire* »²⁵¹⁴, par laquelle une autorité tierce est chargée de recevoir les observations de la personne intéressée et de rendre un rapport ou un avis à destination de l'administration compétente pour prendre la décision individuelle défavorable. Alors qu'en droit français, cette forme de contradiction quasi-triangulaire reste exceptionnelle (A), le droit anglo-saxon y accorde une place plus importante (B).

A – La présence exceptionnelle d'un tiers garant en droit français

493. Par principe, la procédure contradictoire résultant du principe général des droits de la défense et des articles L. 121-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration oppose l'intéressé à une administration qui souhaite prendre une mesure qui préjudiciera à ses intérêts. La procédure se manifeste par un rapport vertical dans lequel l'intéressé se trouve dans une position d'infériorité vis-à-vis de l'administration. Elle se caractérise également par un rapport bilatéral, car seuls deux acteurs sont présents. La personne intéressée est invitée à présenter ses observations directement devant l'administration compétente pour prendre la décision individuelle défavorable. C'est à cet égard qu'une partie de la doctrine, spécialement P. Delvolvé et O. Gohin, conteste le caractère contradictoire de cette procédure. Selon ces auteurs, la procédure contradictoire viserait un rapport triangulaire, c'est-à-dire comportant la présence d'au moins deux parties face à un tiers chargé de trancher le litige les opposant. Or, le juge et le législateur reconnaissent explicitement le caractère contradictoire de la procédure régie par le principe général des droits de la défense et par les articles L. 131-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration. Au regard de la définition proposée par P. Idoux, selon laquelle la contradiction permet « *aux personnes intéressées de discuter les motifs d'une décision juridictionnelle ou d'un acte administratif*

²⁵¹⁴ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 477 et s.

individuel préalablement à son adoption par le juge ou l'administration »²⁵¹⁵, c'est bien un critère matériel qui permet de déterminer ce qui relève ou non de cette notion. Ce critère porte sur la nature de la décision et sur la possibilité pour les personnes intéressées d'en discuter les motifs préalablement à son adoption. Aux côtés de cette base commune de la notion, s'ajoutent toutefois d'autres indices permettant d'en apprécier le degré de perfectionnement, qu'il s'agisse d'approfondir l'échange entre les acteurs ou de faire varier le nombre des acteurs de la contradiction. Il faut donc admettre que le rapport bilatéral entre l'administration et la personne intéressée se positionne dans une « *échelle de la contradiction* »²⁵¹⁶, nécessairement à un de ses « *degrés inférieurs* »²⁵¹⁷. P. Idoux estime que, si la discussion « *n'a pas lieu entre un demandeur et un défendeur, devant le décideur appelé à trancher le débat (...) mais entre le destinataire de l'acte et l'autorité habilitée à prendre la décision* »²⁵¹⁸, elle n'en demeure pas moins contradictoire.

494. Les « *degrés supérieurs* »²⁵¹⁹ de cette échelle de la contradiction se retrouvent au sein des procédures qui proposent systématiquement un schéma dit « *triangulaire* »²⁵²⁰, c'est-à-dire avec la présence d'au moins deux parties face à un tiers chargé de trancher le litige les opposant.

En procédure administrative contentieuse, ce schéma triangulaire constitue la règle de principe. Dans un litige contentieux en effet, deux parties, l'une en demande et l'autre en défense, s'opposent toujours face à un juge impartial dont le rôle est de surveiller et d'organiser la discussion contradictoire, c'est à dire l'échange des arguments et des pièces²⁵²¹, avant de trancher le litige. Cette situation se présente aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, dans laquelle la défense est opposée au ministère public, avec l'intervention éventuelle de parties civiles.

En procédure administrative non contentieuse, cette forme de contradiction triangulaire reste l'exception. Par principe, la procédure est bilatérale. Lorsque l'administration entend prendre une décision individuelle défavorable, elle n'a pas à trancher un litige entre deux parties

²⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 53 et s.

²⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 409 et s.

²⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 411 et s.

²⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 457.

²⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 511 s.

²⁵²⁰ *Ibid.*, p. 457 s.

²⁵²¹ P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux ; le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers », *op. cit.*, p. 27-28.

opposées. Tout au plus, est-il possible de considérer que l'administration tranche un litige l'opposant à une personne. Mais, la procédure contradictoire non contentieuse n'exclut pas l'hypothèse d'une relation de type triangulaire, lorsqu'un texte le prévoit. Il en va ainsi lorsque « *l'administration se transforme en quasi-juridiction et tranche un véritable "contentieux" entre deux "parties", après une véritable "discussion"* »²⁵²². Cette situation caractérise les autorités administratives ou publiques indépendantes en cas de litiges entre particuliers. Ainsi en va-t-il notamment dans le cadre des procédures applicables au sein de l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elle se prononce sur des pratiques anticoncurrentielles à la suite d'une saisine par un tiers²⁵²³. Dans ce cas, l'administration intervient à l'instar d'un juge dans un procès chargé de trancher un litige entre des parties opposées. Comme l'indique l'Autorité de la concurrence elle-même sur son site Internet, « *le code de commerce organise une procédure administrative contradictoire très riche, inspirée des principes du procès équitable, qui assure aux intéressés toutes les garanties nécessaires* ».

495. Sans atteindre ce degré de perfectionnement de la procédure contradictoire, les textes peuvent également organiser un schéma plus souple. Il y a ainsi « *contradiction quasi-triangulaire* »²⁵²⁴, lorsqu'intervient une tierce autorité chargée de recevoir les observations de l'intéressée et de les transmettre à l'autorité chargée de prendre la décision individuelle défavorable. L'intéressé est alors non plus entendu par l'administration, mais par un tiers chargé de la rédaction d'un rapport ou d'émettre un avis transmis à l'autorité compétente avant qu'elle prenne sa décision²⁵²⁵. S'opère ainsi un « *dédoublage fonctionnel* »²⁵²⁶ entre les fonctions de contradicteur et de décideur²⁵²⁷, puisque le décideur n'est plus le contradicteur. Si l'administration ne tranche pas un litige opposant deux parties adverses, elle est ici invitée à se prononcer au regard d'éléments fournis par deux parties distinctes, la personne intéressée et l'autorité tierce. Bien entendu, l'administration reste toujours à l'initiative de la procédure et pourra toujours poursuivre son raisonnement de départ consistant à adresser à l'intéressé une décision défavorable. Mais l'intervention d'une autorité tierce garantit à l'administration comme l'intéressé une appréciation objectivée de la situation personnelle de ce dernier. Dans

²⁵²² P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 358.

²⁵²³ Articles L. et R. 463-1 et suivants du code de commerce.

²⁵²⁴ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 477 et s.

²⁵²⁵ CE, 21 octobre 2011, n° 339207, Banque Delubac et Compagnie, *AJDA*, 2011, p. 2040.

²⁵²⁶ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, op. cit., p. 477.

²⁵²⁷ *Ibid.*, p. 496.

les faits, cette contradiction triangulaire peut être tout aussi bien favorable que défavorable à l'intéressé selon le sens du rapport ou de l'avis rendu par le tiers. Lorsqu'il va dans son sens, l'apparente neutralité de ce document sera favorable aux revendications de l'intéressé. Inversement, une analyse défavorable du tiers conduira à réduire à néant les chances de l'intéressé pour remettre en cause l'intention de l'administration. La contradiction reste toutefois limitée puisque, sauf disposition particulière, la personne intéressée n'est alors pas en mesure de discuter la position adoptée le tiers avant que l'administration rende sa décision, puisqu'elle n'a pas à lui être communiquée²⁵²⁸.

La mise en œuvre de ce dédoublement fonctionnel ne s'accompagne pas toujours d'un « *dédoublement organique* »²⁵²⁹. Le tiers peut ne pas être organiquement indépendant de l'administration, à condition de l'être plus ou moins fonctionnellement²⁵³⁰.

En premier lieu, la fonction de mise en œuvre de la contradiction peut être confiée à un rapporteur spécifiquement désigné à cet effet et dont on assure l'absence de participation à la décision finale²⁵³¹. On retrouve cette hypothèse principalement dans les procédures de sanctions devant les autorités administratives indépendantes. Ainsi, les dispositions relatives à l'Autorité de la concurrence, bien qu'ouvrant la faculté au rapporteur d'assister au délibéré, lui dénie une voix délibérative²⁵³². Sa présence est exclue notamment devant l'Autorité des marchés financiers²⁵³³.

En second lieu, si un texte prévoit la consultation préalable d'un organisme consultatif, c'est devant lui que doit être respectée la procédure contradictoire²⁵³⁴. C'est le cas du conseil de discipline dans les différentes fonctions publiques. C'est également le cas, lors de la mise en œuvre de la procédure de redressement contradictoire, de l'intervention de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire²⁵³⁵ ou de la commission départementale de conciliation²⁵³⁶. Il se peut que l'organisme en question soit totalement extérieur à l'administration. Cette hypothèse vise notamment le contrôle budgétaire des

²⁵²⁸ CE, 30 janvier 2012, n° 349009, *AJDA*, 2012, p. 1054, conclusions D. BOTTEGHI ; CE, 23 mai 2012, n° 348557, Chambre de métiers et de l'artisanat du Gard.

²⁵²⁹ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.* p. 477.

²⁵³⁰ *Idem.*

²⁵³¹ *Ibid.*, p. 496.

²⁵³² Article L. 463-7 du code de commerce.

²⁵³³ Article L. 621-15 IV du code monétaire et financier.

²⁵³⁴ CE, 5 mai 1950, Michel, *Rec.*, p. 259 ; CE, 20 juin 1951, Bascon, *Rec.*, p. 358 ; CAA de Marseille, 15 février 2011, n° 08MA02664 ; *AJDA*, 2011, p. 862.

²⁵³⁵ Article L. 59 A du Livre des procédures fiscales.

²⁵³⁶ Article L. 59 B du Livre des procédures fiscales.

collectivités territoriales, nécessitant l'intervention de la Chambre régionale des comptes, qui met en œuvre la contradiction.

En outre, la contradiction peut revêtir une forme quasi-triangulaire lors d'un recours hiérarchique formé par un agent public à l'encontre d'une décision disciplinaire. La contradiction est alors menée par une autorité chargée de trancher un litige entre l'administration et l'intéressé, alors même qu'elle n'est pas à l'origine de la procédure. En principe, il ne devrait pas y avoir lieu à contradictoire, puisque la mesure fait suite à une demande²⁵³⁷. Mais, par exception, certains textes prévoient une procédure contradictoire obligatoire. C'est le cas, lorsque les conseils supérieurs des fonctions publiques de l'État²⁵³⁸ et hospitalière²⁵³⁹ sont saisis à l'encontre d'une mesure disciplinaire affectant un fonctionnaire. La situation est analogue s'agissant du conseil de discipline de recours pour la fonction publique territoriale²⁵⁴⁰. Ils sont chargés de recevoir tant les observations de l'intéressé que celles de l'administration qui a pris la décision. Le conseil se présente alors comme un tiers chargé de statuer sur un litige entre deux parties placées sur un pied d'égalité. La contradiction n'est alors pas pleinement triangulaire, puisque sa limite réside dans le fait que la décision finale appartient toujours à l'autorité disciplinaire, ces conseils supérieurs n'ayant qu'une fonction consultative.

On le voit, ces applications « perfectionnées »²⁵⁴¹ de la contradiction restent ponctuelles en droit français, ce qui oppose ce dernier au modèle du droit anglo-saxon.

B – Une contradiction triangulaire ou quasi-triangulaire affirmée en droit anglo-saxon

496. Le droit anglo-saxon se caractérise par une large place consacrée aux procédures de type triangulaire ou quasi-triangulaire. En raison du fait que les recours contentieux y sont historiquement malaisés à introduire, coûteux et lents²⁵⁴², ces systèmes juridiques ont organisé

²⁵³⁷ CE, 26 mars 1958, Toledo, *Rec.*, p. 200.

²⁵³⁸ Article 10 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État, *JO*, 27 octobre 1984, p. 3366.

²⁵³⁹ Article 12 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la discipline applicable à la fonction publique hospitalière, *JO*, 9 novembre 1989, p. 13960.

²⁵⁴⁰ Article 23 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux, *JO*, 19 septembre 1989, p. 11818.

²⁵⁴¹ P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 568 s.

²⁵⁴² H. PUGOT, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *RIDC*, Vol. 5 N° 2, avril-juin 1953, p. 262-263.

des procédures administratives préalables au recours juridictionnel, afin de garantir aux individus la possibilité de se faire entendre par un tiers à l'administration, chargé de mettre en œuvre la contradiction. Si le droit britannique privilégie l'intervention d'un tiers lors de recours administratifs (1), le droit américain le fait intervenir dès la phase du prononcé de la décision initiale (2).

1) *Les recours administratifs triangulaires en droit britannique*

497. Tout comme le droit français, le droit britannique oblige l'administration à respecter la contradiction par l'intermédiaire des principes de la « *natural justice* » ou du « *fair* », qui s'appliquent de manière restreinte lors de la procédure d'adoption des décisions prises par l'administration²⁵⁴³. Comme en droit français, la contradiction est généralement bilatérale, puisqu'elle oppose simplement l'administration à l'intéressé. Ce n'est que par exception que la procédure peut devenir triangulaire lorsqu'un texte spécifique l'organise.

Inversement, un texte systématise la contradiction triangulaire *a posteriori*. Il s'agit du « *Tribunals and Inquiries Act* » de 1971²⁵⁴⁴ qui régit deux procédures de recours auprès d'autorités administratives chargées d'organiser la contradiction entre l'intéressé et l'administration investie du pouvoir de décision. D'abord, l'intéressé peut exercer un recours auprès d'un « *Tribunal* » chargé de trancher les litiges entre l'administration et l'intéressé portant sur des questions de fait ou de droit²⁵⁴⁵. Le plus souvent, la procédure est menée par trois « juges » indépendants²⁵⁴⁶ et se déroule sous la forme d'un débat public relativement informel. Cette procédure est ouverte notamment dans les domaines du droit agricole, de la protection des données, de l'enseignement, du droit des étrangers, de l'assurance maladie et assurances sociales ou encore du droit fiscal²⁵⁴⁷. Ensuite, l'administré peut contester une décision administrative devant une « *Inquiry* » chargée de rendre une recommandation au ministre concerné, disposant du pouvoir de décision finale, qui la respecte fréquemment²⁵⁴⁸. La procédure est le plus souvent menée par un fonctionnaire appartenant à l'administration ayant

²⁵⁴³ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen, op. cit.*, p. 1352.

²⁵⁴⁴ 41 Statutes 248.

²⁵⁴⁵ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen, op. cit.*, p. 1352.

²⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 1354.

²⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 1353.

²⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 1355.

pris la décision initiale, ce qui relativise fortement l'exigence de neutre du tiers garant. Ponctuellement, notamment en Ecosse, des personnes extérieures, souvent des avocats, peuvent exercer cette fonction²⁵⁴⁹. Sauf exception, cette personne assure seule le déroulement de la procédure. Dans ces deux procédures, les intéressés peuvent en principe se faire assister d'un avocat, présenter leurs témoins et interroger contradictoirement les témoins de la partie adverse. Dans ces deux cas, la contradiction triangulaire se déroule *a posteriori*, c'est-à-dire après le prononcé d'une décision. Cette caractéristique éloigne quelque peu le droit britannique de son homologue américain.

2) *La procédure initialement quasi-triangulaire en droit américain*

498. L'« *Administrative procedure act* » de 1946 fonde l'obligation pour l'administration américaine d'entendre l'intéressé avant le prononcé d'une mesure portant une atteinte à ses biens ou à sa personne. Outre la faculté de se faire entendre oralement, de présenter ses témoins et de se faire assister par un avocat, le droit américain a pour originalité d'instaurer une contradiction faisant intervenir un tiers à l'administration de manière systématique. La contradiction mise en place doit être qualifiée de quasi-triangulaire, puisque la charge de mener l'audition de l'intéressé est toujours confiée à un officier d'audience, « *hearing officers* », indépendant de l'autorité administrative, qui conserve son pouvoir de décision. Cet officier, certes nommé par l'administration elle-même, ne peut être déplacé « *que pour une raison valable, établie et déterminée* » par un organisme indépendant, qu'est la « *Civil service commission* »²⁵⁵⁰. Il ne doit accomplir aucune fonction incompatible avec sa tâche et sa responsabilité d'enquêteur. Cette indépendance permet également de garantir son impartialité, car il ne doit prendre parti pour aucune des parties²⁵⁵¹. Son rôle est celui d'un arbitre chargé de recueillir les preuves fournies par les parties, que sont l'intéressé et l'administration, et d'organiser un véritable débat portant à la fois sur des points de fait et de droit²⁵⁵². Une fois son enquête terminée, il rend un rapport à l'administration, qui a une obligation de prendre sa décision sur les seuls motifs de fait issus de l'audience²⁵⁵³. Comme l'évoque B. Schwartz,

²⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 1356.

²⁵⁵⁰ B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *op. cit.*, p. 256.

²⁵⁵¹ *Idem.*

²⁵⁵² *Ibid.*, p. 255.

²⁵⁵³ *Ibid.*, p. 262.

« pour qui connaît seulement le droit administratif français, le type d'audience ainsi décrit, précèdent toute décision de l'administration, peut paraître difficile à concevoir. Le juriste français peut, sans doute, se représenter la procédure américaine en ce qui concerne les décisions d'une juridiction administrative mais difficilement en ce qui concerne les décisions de l'administration active »²⁵⁵⁴. Il ne faut pas oublier que ce perfectionnement de la contradiction non contentieuse en droit américain compense l'accès difficile, car onéreuse, au système juridictionnel américain. En droit français, le développement du droit au recours en ne rend pas nécessaire la transposition d'un tel mécanisme de contradiction quasi-triangulaire d'application générale.

499. Pour conclure ces développements, la présence d'un tiers garant, même non systématisée, possède des qualités indéniables pour garantir la sincérité de la participation dans le cadre d'une procédure contradictoire ou d'une procédure de participation du public. Chargé de recevoir les observations et d'en rédiger un compte-rendu ou une synthèse, le tiers garant remplit l'essentiel des missions qui lui sont demandées, à savoir objectiver la procédure de participation en privant le décideur d'une prérogative. La présence du tiers garant place en effet le décideur sous le regard d'une autorité neutre, ce qui limite sa faculté de sélectionner les observations, d'exercer une censure ou d'utiliser le processus participatif dans une fonction exclusive de légitimation de la décision, c'est-à-dire de mettre en œuvre une participation alibi. Cette portée est d'autant plus grande que le garant intervient au stade de l'information préalable. L'objectivisation de l'information transmise au public conditionne en effet la pertinence et la précision des observations émises et leur contribution à l'amélioration du projet de décision. Or, généralement, le tiers garant ne dispose pas d'un très grand rôle en la matière, excepté le cas du débat public. Moins essentielles, mais non dénuées d'intérêt, sont ces missions pouvant consister à définir lui-même les modalités d'organisation du processus et à rendre un avis sur le fond du projet.

Il ne peut légitimement assurer son rôle que si son statut garantit son indépendance, son impartialité et sa compétence. S'agissant des instruments de participation du public, une rationalisation semble ici envisageable. Dans un avenir plus ou moins proche, on pourrait tout à fait imaginer qu'un réseau unique de la Commission nationale du débat public et de ses garants puisse être chargé d'animer l'ensemble des procédures de participation du public, qu'elles

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 257.

nécessitent la présence obligatoire ou facultative d'un tiers garant, indépendamment du caractère environnemental ou non de l'objet du projet concerné. La fonction de commissaire enquêteur ne disparaîtrait pas nécessairement, mais il serait désigné sur la base de listes d'aptitude produites par la Commission nationale du débat public. Étonnamment, en droit interne, le perfectionnement de ce statut ne semble pas être très prégnant dans le cadre des procédures contradictoires, puisqu'il n'est pas véritablement recherché. Or, c'est à seulement cet égard que la procédure participative prend une dimension plus officielle et s'accorde un brevet de sincérité de nature à réduire le risque de contentieux, même s'il ne disparaît pas car l'accès au juge constitue l'ultime moyen pour le public de se faire entendre.

Section 2 – Le droit au recours limité par l'exigence de sécurité juridique

500. Le régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative implique le respect par l'organisateur d'une multitude de formalités. Il en va de la sincérité du processus mis en place et de la légitimité de la décision finalement adoptée. C'est du respect rigoureux des différentes règles de mise en œuvre des droits à l'information, à l'expression, au délai utile et à la prise en compte des observations que la participation pourra effectivement permettre au citoyen de participer et éclairer utilement l'administration dans le cadre de sa mission de définition de l'intérêt général. Cependant, l'approfondissement du régime juridique de la participation du citoyen développe indubitablement des risques contentieux, si la procédure n'est pas observée exactement. Un double paradoxe apparaît dès lors.

D'une part, « *la rigidité croissante de ces dispositions accroît l'aléa contentieux et peut fragiliser la stabilité juridique propre de la décision que la consultation du public devait pourtant renforcer* »²⁵⁵⁵. En effet, la mise en œuvre de l'exigence de participation ambitionne de légitimer la décision et d'apaiser les situations de conflits²⁵⁵⁶. Moyen juridique comme un autre, « *la participation du public est un élément de contestation des décisions administratives adoptées à son issue* »²⁵⁵⁷. Or, donner aux opposants à un projet une nouvelle raison de contester le projet apparaît contradictoire avec cet objectif affirmé. Cet aspect a justifié le réquisitoire

²⁵⁵⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, op. cit., p. 34.

²⁵⁵⁶ Voir *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

²⁵⁵⁷ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 716.

d'A. Givaudan en 1986 contre le régime des enquêtes publiques. Cette procédure « *barbelée de formalités* » parsème « *le cheminement d'embûches* » et introduit « *des risques contentieux nombreux (...). On aurait voulu nuire à l'efficacité administration et aboutir à ce que la puissance publique ne soit capable que d'entraver les initiatives, qu'on ne s'y serait pas pris différemment (...). Encore ce mal ne serait-il que moindre si ces inventions juridiques garantissaient la qualité des projets et mettaient un terme au risque d'aménagement malheureux. Hélas, il n'en est rien* »²⁵⁵⁸. C'est la raison pour laquelle, au nom de l'exigence de sécurité juridique, le législateur et le juge se sont engagés dans une « *stratégie "d'imperméabilisation" des procédures* »²⁵⁵⁹, afin de ne pas en faire des « *nids contentieux* »²⁵⁶⁰. Ainsi, ont été développées deux techniques juridiques. La première implique la limitation des hypothèses de recours (§ 1). En cette matière, le contentieux de la participation du public apparaît ici « *éclaté* »²⁵⁶¹, puisqu'il varie en fonction des solutions mises en place au sein de chaque instrument participatif. La seconde est partagée par l'ensemble des instruments participatifs, elle permet de limiter les conséquences contentieuses des irrégularités procédurales (§ 2).

D'autre part, il faut aussi reconnaître qu'« *il est toujours un peu paradoxal de voir le législateur imposer des procédures et en limiter, même s'il ne s'agit pas de les faire entièrement disparaître, les effets contentieux de leur violation* »²⁵⁶². C'est la classique question de l'équilibre entre la légalité et la sécurité juridique.

§ 1 – La limitation des hypothèses de recours

501. La première concrétisation de l'exigence de sécurité juridique réside dans la limitation des hypothèses dans lesquelles les citoyens peuvent effectivement exercer leur droit au recours pour faire sanctionner des illégalités commises lors de l'organisation du processus participatif. Appréciée à l'aune de la participation citoyenne, l'exigence de sécurité juridique se manifeste

²⁵⁵⁸ A. GIVAUDAN, « Prolifération des enquêtes publiques et régression de l'état de droit », *RFDA*, mars 1986, p. 249-250.

²⁵⁵⁹ Y. JÉGOUZO, « La loi Démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *RDI*, 2002, p. 191.

²⁵⁶⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 34.

²⁵⁶¹ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 715.

²⁵⁶² J.-C. HÉLIN et R. HOSTIOU, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *op. cit.*, p. 291.

essentiellement à travers de deux mécanismes. Le premier tient à l'absence de concordances systématiques entre les qualités de participant et de requérant, ce qui limite le droit au recours aux participants ayant un intérêt à agir (§ 1). Le second réside dans la limitation des actes attaquables par voie d'action et par voie d'exception (§ 2).

A – L'absence de concordance systématique entre les qualités de participant et de requérant ou l'intérêt à agir conditionné du participant

502. Le régime juridique de la participation n'implique pas forcément de lien direct entre la qualité de participant et la qualité de requérant. En effet, pour pouvoir contester les modalités d'organisation du processus participatif, le citoyen participant reste classiquement soumis à la règle de l'intérêt à agir. L'application de cette règle varie selon la nature de l'instrument participatif. Lorsque le droit de participer est attribué à un nombre limité de participants, l'intérêt à agir est généralement présumé (1). Inversement, à la suite d'une procédure de participation du public, l'intérêt à agir nécessite le plus souvent la démonstration de l'intérêt à agir (2). Dans ce cas, comme tout justiciable, le citoyen doit démontrer son intérêt à agir lorsqu'il souhaite contester les modalités d'organisation du processus participatif auquel il a participé ou auquel il estime avoir été empêché de participer. Or, l'intérêt à agir du citoyen ne s'apprécie pas spécialement au regard du déroulement du processus participatif, mais au regard de la lésion qu'apporte à ses intérêts la décision susceptible de recours. Le Conseil d'État rappelle à ce titre que « *l'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie au regard de l'objet des dispositions qu'il attaque et non du contenu de ces dispositions* »²⁵⁶³, et « *au regard des conclusions qu'il présente et non des moyens invoqués à leur soutien* »²⁵⁶⁴. Pour pouvoir saisir le juge, il faut que le citoyen démontre que la décision prise apporte une lésion à ses intérêts, en d'autres termes que son intérêt à agir soit légitime, personnel, direct, certain et adapté à l'acte contesté²⁵⁶⁵. Il doit ainsi démontrer en quoi il est concerné par la décision qu'il conteste. Sans entrer dans le détail de l'appréciation de l'intérêt à agir, nous nous contenterons

²⁵⁶³ CE, 30 juillet 2014, CIMADE, *Rec.*, p. 252.

²⁵⁶⁴ CE, 27 mai 2015, Syndicat de la magistrature, *Rec.*, p. 171.

²⁵⁶⁵ B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, collection HyperCours, 4^e édition, 2017, p. 293 et s.

ici de rappeler quelques considérations générales applicables lors de la mise en œuvre d'un processus participatif.

1) *L'intérêt à agir généralement présumé en présence d'un nombre limité de participants*

503. Dans trois catégories d'instruments participatifs, la qualité de participant implique une présomption d'intérêt à agir, qu'il n'est donc pas besoin de démontrer. Le premier confère un intérêt à agir aux électeurs pour contester des opérations électorales ou référendaires²⁵⁶⁶. Le deuxième concerne l'intérêt à agir des membres des organes collégiaux à l'encontre des actes pris par cet organe. Le droit positif donne ici raison à L. Duguit. La volonté collégiale reste une « *fiction juridique* »²⁵⁶⁷ qui n'occulte pas totalement la volonté de chacun des membres de l'organe collégial, qui conserve la faculté de former un recours contre la décision prise collégalement, à laquelle il a pourtant participé. Initialement, cet intérêt à agir était subordonné à ce que la mesure porte atteinte aux prérogatives que le requérant tient de son appartenance à l'organe²⁵⁶⁸. Cela lui permettait de faire censurer par le juge la violation de ses droits à l'information, de proposition, d'amendement et de vote. Désormais, la simple qualité de membre de l'organisme suffit à admettre l'intérêt à agir²⁵⁶⁹, ce qui lui permet d'invoquer devant le juge tout moyen d'illégalité. Enfin, le troisième dispositif réside dans l'intérêt à agir des membres d'un organe dont la consultation est obligatoire²⁵⁷⁰. Comme les membres d'un organe collégial décisionnel, ils peuvent invoquer tout moyen, y compris « *des moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance des prérogatives de ce comité* »²⁵⁷¹. Cette règle est plus largement applicable pour toutes personnes, autorités ou organes dont la consultation est obligatoire. Cela induit que, lorsque la consultation est facultative, il faudra que les intéressés démontrent classiquement leur intérêt à agir. Cette jurisprudence a des conséquences négatives lorsque l'administration décide de remplacer la consultation obligatoire d'un organe collégial par

²⁵⁶⁶ CE, ass., 19 octobre 1962, Brocas, *Rec.*, p. 553. Toutefois, la règle ne s'applique plus au stade du recours contre la décision finale.

²⁵⁶⁷ Duguit, *L'État et le droit objectif*, tome 1, A. Fontemoing, § 45 et s.

²⁵⁶⁸ CE, 1^{er} mai 1903, Bergeon et autres, *Rec.*, p. 234.

²⁵⁶⁹ CE, 24 mai 1995, Ville de Meudon, *Rec.*, p. 208.

²⁵⁷⁰ CE, 29 décembre 1997, Prieur, *Rec.*, tables, p. 677 ; *DA*, 1998, chr. 18, concl. CHAUVAUX.

²⁵⁷¹ CE, 16 octobre 1995, Fourcade, *DA*, 1995, n° 714, obs. R.S.

l'organisation d'une procédure de consultation ouverte sur Internet. Les membres de l'organe collégial concerné perdront de ce fait leur intérêt à agir présumé.

504. Entre également dans ce cadre l'hypothèse des procédures contradictoires en application des règles classiques de démonstration de l'intérêt à agir. La lésion qu'il implique est en effet assez simple à démontrer en présence de décisions individuelles dont le citoyen est le destinataire. L'intérêt à agir est en toute circonstance caractérisé lorsque la décision lui est défavorable²⁵⁷². Cela implique logiquement que la personne intéressée pourra contester le déroulement d'une procédure contradictoire lorsque l'administration lui adresse une mesure défavorable. Cette situation conduit également à reconnaître l'intérêt à agir d'un pétitionnaire qui se voit refuser une autorisation à la suite de l'organisation d'un processus participatif. Inversement, une personne ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation d'une décision favorable, qui fait droit à sa demande²⁵⁷³. Le pétitionnaire ne peut ainsi pas contester la légalité de la décision autorisant le projet qui a été soumis au processus participatif. En revanche, il reste recevable à contester cette décision en tant qu'elle fixe des prescriptions trop strictes ou qui lui sont défavorables²⁵⁷⁴.

S'agissant des décisions dont le citoyen n'est pas le destinataire, l'établissement de l'intérêt à agir est souvent plus délicat à établir car elles ne le concernent pas directement. Cela nous invite à apprécier le cas des procédures de participation du public.

2) *L'intérêt à agir nécessitant généralement une démonstration à la suite d'une procédure de participation du public*

505. La question de la démonstration de l'intérêt à agir est particulièrement aiguë au regard des procédures de participation du public qui s'ouvrent à toute personne. Certes, le lien entre la participation du public et le droit d'accès au juge est opéré par la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice

²⁵⁷² CE, 23 octobre 1987, n° 36546, Bertin : s'agissant d'un refus opposé à une demande.

²⁵⁷³ CE, 18 octobre 2002, n° 231771, Diraison, *Rec.*, tables, p. 803.

²⁵⁷⁴ Pour une application dans un tout autre registre, voir CE, 24 septembre 2010, n° 329628, Tobiana, *AJDA*, 2011, p. 112, note FRIOURET.

en matière d'environnement. « *L'aspect relatif à l'accès à la justice des citoyens qui est considéré par la doctrine et par le droit supranational comme un prolongement naturel de la participation* »²⁵⁷⁵. Or, reconnaître le droit d'accès au juge en raison de la simple qualité de personne reviendrait à faire du contentieux de la légalité une *actio popularis*, ce que la philosophie juridique a toujours souhaité éviter. Le droit au recours n'autorise pas toute personne à agir dans le seul but de faire respecter le droit par l'administration²⁵⁷⁶. Dans un arrêt « Mme Buguet » rendu le 3 août 2011²⁵⁷⁷, le Conseil d'État a pu rappeler que « *l'article 2 de la Charte de l'Environnement, selon lequel "toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement", ne saurait, par lui-même, conférer à toute personne qui l'invoque intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative qu'elle entend contester* ». Le droit au recours objectif reste marqué par un certain degré de subjectivité. Ce faisant, une procédure de participation du public implique la démonstration classique de son intérêt à agir par le citoyen. Il faut ainsi que l'acte soumis à la procédure, dont il n'est pas le destinataire, apporte une lésion à ses intérêts, ce qui peut être délicat à établir. C'est d'abord le cas lorsque la décision prise est une décision individuelle, puisqu'un tiers peut la contester essentiellement si cette décision est favorable à son destinataire. Cela signifie qu'une personne dont les intérêts sont lésés peut contester la décision autorisant le projet soumis à la procédure participative. Il sera pour elle plus difficile de démontrer son intérêt à agir lorsque le processus participatif conduit au refus d'autoriser le projet. Ce faisant, à la suite d'une procédure de participation du public, l'intérêt à agir des opposants sera apprécié de façon plus souple que celui des soutiens au projet, ce qui est assez logique puisque la tâche de saisir le juge incombe essentiellement au pétitionnaire qui se voit refuser sa demande. De la même façon, une décision non individuelle ne peut pas être contestée par tous. Dans toutes ses hypothèses, il doit présenter une qualité particulière lui donnant intérêt à agir²⁵⁷⁸.

²⁵⁷⁵ J.-M. FEVRIER, « Les principes constitutionnels d'information et de participation », *op. cit.*

²⁵⁷⁶ CE, 17 janvier 1951, Morin, *Rec.*, p. 800.

²⁵⁷⁷ CE, 3 août 2011, Mme Buguet, *Rec.*, p. 1031 ; *Environnement*, n° 2014, 2011, note P. TROUILLY.

²⁵⁷⁸ Si le juge peut employer l'expression « *qualité donnant intérêt* » à agir, il peut aussi retenir dans le même temps l'expression inverse « *intérêt donnant qualité* » à agir. Voir notamment CE, 19 juillet 2017, n° 402472, considérants n° 12 et 16.

506. L'intérêt à agir d'une personne physique s'apprécie avec une relative rigueur. Sont considérées comme trop large les qualités de simple citoyen²⁵⁷⁹ ou de contribuable national²⁵⁸⁰, sauf si l'acte concerne ce statut²⁵⁸¹. Inversement, les qualités de contribuable local ou d'usagers d'un service public suffisent pour former un recours respectivement contre une décision ayant des conséquences directes sur les finances de la collectivité locale²⁵⁸² ou contre une mesure relative à l'organisation et au fonctionnement d'un service public²⁵⁸³. Il peut s'agir tout aussi bien d'un usager utilisant effectivement le service qu'un usager potentiel²⁵⁸⁴. C'est uniquement dans ce cadre qu'un habitant pourra par exemple contester le déroulement d'une procédure de budget participatif ou qu'un usager pourra contester la procédure de consultation de l'organe dont il est membre. Plus largement, lorsqu'il souhaite contester la procédure d'élaboration d'un acte réglementaire, notamment du fait des insuffisances d'une procédure de consultation ouverte sur Internet, le requérant doit être en mesure de démontrer que cette décision s'applique ou a vocation à s'appliquer concrètement à sa situation. C'est dans ces conditions que le juge administratif a jugé, de façon assez libérale, recevable le recours d'un simple particulier contre le décret abaissant la vitesse à 80 km/h sur les routes sur les routes bidirectionnelles à chaussée unique sans séparateur central²⁵⁸⁵.

Parallèlement, lorsqu'il s'agit de contester un projet, spécialement la décision l'autorisant au titre des règles d'urbanisme ou de la protection de l'environnement, il faut que la personne soit située dans le voisinage²⁵⁸⁶, ce qui s'apprécie *in concreto* selon la distance, la taille de la construction et la configuration des lieux²⁵⁸⁷. Inversement, lorsqu'une personne n'est pas située dans le voisinage d'un projet, selon l'appréciation du juge, il ne lui sera pas possible de contester un projet, notamment en arguant d'un vice de procédure, dont elle estime pourtant qu'elle affecte ses intérêts ou plus largement son cadre de vie. Il n'y a aucune concordance entre l'intérêt à participer à la procédure d'élaboration d'un projet, déterminé subjectivement par

²⁵⁷⁹ CE, 17 janvier 1951, Morin, *Rec.*, p. 800 ; CE, 6 octobre 1965, n° 61217, Marcy, *Rec.*, p. 493.

²⁵⁸⁰ CE, 13 févr. 1930, n° 2145, Dufour, *Rec.*, p. 176.

²⁵⁸¹ CE, ass., 16 mars 1956, Garrigou, n° 35663, *Rec.*, p. 121 ; *D.*, 1956, p. 253, conclusions P. LAURENT.

²⁵⁸² CE, 29 mars 1901, n° 94580, Casanova, *Rec.*, p. 333 ; *S.*, 1901, 3, p. 73, note M. HAURIOU ; CE, 1^{er} juin 2016, n° 391570, Commune de Rivedoux-Plage.

²⁵⁸³ CE, 21 décembre 1906, n° 19167, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, n° 19167, *Rec.*, p. 962, conclusions J. ROMIEU ; *S.* 1907, 3, p. 33, note M. HAURIOU.

²⁵⁸⁴ CE, sect., 14 février 1958, n° 7715, Abisset, *Rec.*, p. 98, conclusions M. LONG ; *AJDA*, 1958, II, p. 221, chron. J. FOURNIER et M. COMBARNOUS : à propos d'un campeur potentiel recevable à attaquer un arrêté municipal interdisant le camping sur l'ensemble du territoire d'une commune dans laquelle il ne s'est pourtant jamais rendu.

²⁵⁸⁵ CE, 25 juillet 2018, n° 421704, M. A... B....

²⁵⁸⁶ CE, 3 février 1905, n° 11627, Storch, *Rec.*, p. 116 ; *RDP*, 1905, p. 346, note G. JÈZE ; *S.*, 1907, 3, p. 33, note M. HAURIOU.

²⁵⁸⁷ CE, 15 avril 1983, Commune de Menet, *Rec.*, p. 154.

toute personne, et l'intérêt à agir déterminé à l'aune d'une lésion directe et certaine apporté aux intérêts de cette même personne. Dans le domaine des autorisations d'urbanisme, particulièrement soumises au risque contentieux, la règle est même renforcée. Depuis l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013²⁵⁸⁸, l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme dispose qu'« *une personne autre que l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation* ». Le Conseil d'État a légèrement assoupli la règle en rappelant qu'« *eu égard à sa situation particulière, le voisin immédiat justifie, en principe, d'un intérêt à agir lorsqu'il fait état devant le juge, qui statue au vu de l'ensemble des pièces du dossier, d'éléments relatifs à la nature, à l'importance ou à la localisation du projet de construction* »²⁵⁸⁹.

507. Pour dépasser les limites inhérentes à l'appréciation de leur intérêt à agir, les personnes physiques peuvent trouver dans la constitution d'associations un outil aux services de leurs revendications, spécialement lorsqu'il s'agit de contester le déroulement d'une procédure de participation du public. On ne compte plus les multiples associations de défense de l'environnement et du cadre de vie constituées spécialement pour contester en justice des projets d'aménagement. Tout comme la défense du cadre de vie constitue la cause principale de la mobilisation participative²⁵⁹⁰, elle constitue également la cause principale de la création de ces associations.

À leur égard, et plus largement à l'égard de toute personne morale, l'intérêt à agir s'apprécie avec une plus grande souplesse. Les personnes morales disposent comme toute personne d'un intérêt personnel à agir contre les mesures qui les touchent directement, qu'elles affectent leur existence, leur statut ou leur patrimoine. Mais elles bénéficient également d'un intérêt à agir leur permettant d'agir pour défendre les intérêts, matériels ou moraux, en rapport

²⁵⁸⁸ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, *JO*, n° 0166, 19 juillet 2013, p. 12070, texte n° 24.

²⁵⁸⁹ CE, 13 avril 2016, n° 389798, Bartolomeu, *Rec.*, p. 135.

²⁵⁹⁰ Voir *supra*. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

avec leur objet²⁵⁹¹. Elles défendent ainsi des intérêts collectifs ou objectifs. C'est ainsi qu'une simple association de défense du cadre de vie, constituée par les habitants dans une démarche de type « NIMBY »²⁵⁹², peut être recevable à demander l'annulation d'une déclaration d'utilité publique ou d'un permis de construire. Plus largement, les groupements professionnels, les syndicats, les associations de consommateurs, de défense de l'environnement, d'usagers ou encore de protection des personnes en difficulté sont recevables à agir lorsque la décision qu'elles attaquent entre dans leur objet social. Encore faut-il que ce dernier soit suffisamment précis²⁵⁹³.

Pour apprécier l'intérêt à agir des personnes morales, le juge tient compte du ressort territorial de la personne morale. Cette dernière est irrecevable à agir contre un acte qui ne touche qu'une partie de son ressort territorial²⁵⁹⁴, alors qu'elle a intérêt à agir contre une mesure dont le champ d'application dépasse son propre ressort territorial²⁵⁹⁵. Ce « *critère de proximité peut avoir pour effet pervers d'avantager de petites associations de riverains, défendant des intérêts de voisinage et de désavantager de grandes associations ou fédérations régionales mieux à même de défendre l'intérêt général* »²⁵⁹⁶.

Enfin, alors que par principe l'intérêt à agir s'apprécie au jour de l'introduction de la requête²⁵⁹⁷, le législateur a souhaité réagir à la pratique trop répandue consistant à créer des associations uniquement destinée à contester un projet et/ou à le retarder. Cette pratique peut aussi être utilisée comme un moyen de négociation avec le responsable du projet, ce qui peut notamment se manifester durant la phase de participation du public. Depuis la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, il est prévu à l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme qu'« *une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire* », ce qui apporte une limite importante

²⁵⁹¹ CE, 28 décembre 1906, n° 25521, Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges, *Rec.*, p. 977, conclusions J. ROMIEU ; S., 1907, 3, p. 23, conclusions J. ROMIEU ; *RDP*, 1907, p. 25, note G. JÈZE.

²⁵⁹² Voir *supra*, n° 224.

²⁵⁹³ CE, 10 mars 1995, n° 125271, Association « Le droit pour la justice et la démocratie », *Rec.*, tables, p. 958 : une association dont l'objet est de combattre l'injustice sous quelque forme que ce soit et en quelque lieu qu'elle se trouve ne dispose pas d'un objet suffisamment précis.

²⁵⁹⁴ CE, 26 juillet 1985, Union régionale pour la défense de l'environnement, de la nature, de la vie et de la qualité de la vie en Franche-Comté, *Rec.*, p. 251.

²⁵⁹⁵ CE, ass., 1^{er} février 1985, n° 24142, Union départementale des consommateurs de Paris, *RJE*, n° 2, 1985, p. 196.

²⁵⁹⁶ J. MORAND-DEVILLER, « Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique », *RFDA*, 1996, p. 218.

²⁵⁹⁷ CE, 6 octobre 1965, n° 61217, Marcy, *Rec.*, p. 493 ; CE, sect., 11 février 2005, n° 247673, Marcel, *Rec.*, p. 57, conclusions L. OLLÉON ; *AJDA*, 2005, p. 656, chron. C. LANDAIS et F. LENICA.

à la guérilla contentieuse menée par cette association au nom de la sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel estime qu'il ne s'agit pas là d'une atteinte excessive au droit à un recours effectif²⁵⁹⁸. Il y a ici une véritable dissociation entre les titulaires du droit de participer et les titulaires du droit au recours.

Ces deux dernières règles ne trouvent cependant pas à s'appliquer aux associations agréées de défense de l'environnement compte tenu des conséquences attachées à leur agrément depuis la loi « Barnier » du 2 février 1995²⁵⁹⁹. Ainsi, en vertu de l'article L. 142-1 du code de l'environnement, « *toute association de protection de l'environnement agréée (...) ainsi que les fédérations départementales des associations agréées de pêche et de protection du milieu aquatique et les associations agréées de pêcheurs professionnels justifient d'un intérêt pour agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec leur objet et leurs activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elles bénéficient de l'agrément dès lors que cette décision est intervenue après la date de leur agrément* ». Cette disposition apporte une dérogation au critère territorial, puisque les associations agréées ont intérêt à agir contre toute mesure en rapport direct avec leur objet, qu'elle soit applicable sur tout ou partie de leur ressort territorial. Elle apporte également une dérogation au critère temporel, puisque l'intérêt à agir s'apprécie au jour de la décision et non plus au jour de l'affichage, depuis la loi du 13 juillet 2006. Comme l'a rappelé le Conseil d'État, cet article confère à l'association agréée une « *présomption d'intérêt à agir* »²⁶⁰⁰, ce qui marque un véritable lien avec le droit de participer et le droit au recours de ces acteurs.

508. Même si le citoyen à intérêt à agir, il ne peut pas toujours revendiquer devant le juge les droits qu'il peut tirer de sa participation au processus décisionnel. Encore faut-il qu'il conteste

²⁵⁹⁸ Décision n° 2011-138 QPC du Conseil constitutionnel, 17 juin 2011, Association Vivraviry, *Rec. Cons. const.*, p. 291.

²⁵⁹⁹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JO*, 3 février 1995, p. 1840.

²⁶⁰⁰ CE, sect. 13 décembre 2006, n° 264115, Commune d'Issy-les-Moulineaux, *Rec.*, 556. Voir aussi l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme selon lequel « *lorsqu'une association régulièrement déclarée et ayant pour objet principal la protection de l'environnement au sens de l'article L. 141-1 du code de l'environnement est l'auteur du recours, elle est présumée agir dans les limites de la défense de ses intérêts légitimes* », ce qui lui permet d'échapper au dispositif « anti recours abusif » selon lequel « *lorsque le droit de former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager est mis en œuvre dans des conditions qui excèdent la défense des intérêts légitimes du requérant et qui causent un préjudice excessif au bénéficiaire du permis, celui-ci peut demander, par un mémoire distinct, au juge administratif saisi du recours de condamner l'auteur de celui-ci à lui allouer des dommages et intérêts* ».

un acte administratif unilatéral décisoire, faisant grief, c'est-à-dire susceptible un acte susceptible de recours.

B – La limitation des actes attaquables

509. La justiciabilité des actes relatifs à détermination et à l'application des modalités de la participation varie selon le type d'instruments participatifs concernés. Face à un contentieux « florissant » le législateur et le juge ont souhaité limiter « les possibilité de recours que génèrent l'extension et le perfectionnement des procédures participatives » spécialement dans les domaines de l'aménagement et de l'environnement²⁶⁰¹. L'action du législateur et celle du juge reposent alors sur deux stratégies différentes. Afin de garantir la sécurité juridique, et partant en remettant en cause le régime classique du contentieux administratif (1), le législateur et le juge ont réorganisé le régime de l'invocation des vices de forme et procédure tantôt par voie d'exception (2), tantôt par voie d'action (3) contre les actes relatifs à la détermination ou à l'exécution des modalités de la participation.

1) Le régime classique de la justiciabilité des actes administratifs

510. Pour apprécier cette hypothèse de limitation de l'invocation des vices de forme et de procédure, il convient de rappeler le régime classique du contentieux administratif qui a pu conduire à insécuriser de nombreux projets, plans, programmes ou décisions soumis à la participation citoyenne.

511. Par principe, le requérant doit attendre l'intervention d'une décision finale pour pouvoir contester sa procédure d'élaboration. C'est seulement à partir de ce stade qu'il peut soulever

²⁶⁰¹ B. DELAUNAY, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public », commentaire sous CE, 5 avril 2004, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et Union française contre les nuisances des aéronefs, *AJDA*, 2004, p. 2100.

devant le juge un vice de forme ou de procédure intéressant le déroulement du processus participatif en vue de faire annuler ou de faire suspendre cette décision finale. À cet égard, toutes les mesures préparatoires, c'est-à-dire celles qui s'insèrent « *dans le processus d'édiction d'une décision encore hypothétique au moment où lui-même intervient* »²⁶⁰², ne sont pas susceptibles de recours.

Il en va en principe ainsi de la décision fixant les modalités d'organisation de la procédure participative quand bien même les dispositions textuelles formalisent l'exigence d'une décision initiale. En matière d'enquête publique, l'arrêté ouvrant une telle procédure a toujours été considéré comme un acte insusceptible de recours²⁶⁰³. Sa légalité ne peut être examinée qu'à l'occasion du recours contre une déclaration d'utilité publique ou contre la décision autorisant ou approuvant le projet qui est soumise à cette enquête. Constitue également une mesure préparatoire, l'ouverture d'une enquête parcellaire précédant l'arrêté de cessibilité²⁶⁰⁴. Il faut caractériser une asymétrie. La décision de refus d'ouvrir l'enquête publique ou parcellaire est inversement un acte susceptible de recours²⁶⁰⁵, conformément à la jurisprudence classique relative aux refus de prendre une mesure préparatoire qui ferait obstacle au déclenchement d'une procédure²⁶⁰⁶. Même si le juge ne s'est pas explicitement prononcé, cette jurisprudence a vocation à s'appliquer pour les actes d'organisation des procédures de consultation du public régies par le code de l'environnement comme pour celles régies par le code des relations entre le public et l'administration. La présence d'un acte d'organisation de la participation n'est d'ailleurs pas toujours acquise. Si les dispositions textuelles la prévoient le plus souvent, la mise en œuvre à titre purement facultatif d'un dispositif de d'association du public en dehors des cas régis par les dispositions législatives ou réglementaires, tel que prévu à l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration, ne s'inscrit pas toujours pas un processus décisionnel bien établi. Les administrations locales n'adoptent pas nécessairement d'acte (préparatoire) fixant les modalités d'organisation du processus participatif. Les conditions sont certes préétablies, mais elles restent essentiellement le fruit d'une volonté politique non traduite juridiquement dans un acte administratif. De telles

²⁶⁰² B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 310.

²⁶⁰³ CE, 27 octobre 1948, Cazaubo, *Rec.*, p. 393 ; CE, 23 janvier 1970, n° 68324, Époux Neel, *Rec.*, p. 44 ; *AJPI*, 1970, p. 298, note A. HOMONT.

²⁶⁰⁴ CE, 27 janvier 1967, Epoux Binet, *Rec.*, p. 46.

²⁶⁰⁵ CE, 14 janvier 1998, Département de la Vendée, *AJDA*, 1998, p. 537.

²⁶⁰⁶ CE, ass., 29 janvier 1954, Sieurs Boivin-Champeaux, *Rec.*, p. 66. Voir notamment F. DONNAT, « Les décisions de la commission nationale du débat public relatives au déroulement du débat public ne font pas grief, contrairement à celles décidant ou refusant d'organiser un tel débat », observations sous CE, 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *RDI*, p. 375.

modalités informelles peuvent caractériser la mise en place d'un budget participatif ou de tout autre dispositif d'association des habitants à la vie locale.

Il existe toutefois des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles l'acte d'organisation de la participation peut également faire l'objet d'un recours par voie d'action. Ainsi, les délibérations de la Commission nationale du débat public qui refusent²⁶⁰⁷ comme celles qui décident²⁶⁰⁸ d'organiser un débat public ou une concertation préalable sont susceptibles de recours, « *ce qui évite de réitérer la complexité du contentieux (...) en fonction du caractère positif ou négatif de l'acte* »²⁶⁰⁹. Ce revirement de la jurisprudence asymétrique trouverait sens²⁶¹⁰ si la décision d'organiser de telles procédures comprenait celle qui détermine leurs modalités d'organisation, à savoir notamment le calendrier et les conditions de leur déroulement. Or, cette dernière décision n'intervient qu'ultérieurement et le juge considère qu'elle ne fait pas grief²⁶¹¹. Une fois que la Commission a décidé de l'organisation du débat public ou de la concertation préalable, les décisions relatives à leur organisation conservent le caractère de mesures préparatoires, en tant qu'« *éléments de la procédure* » conduisant à une décision²⁶¹². En l'absence de jurisprudence, la question restée encore posée s'agissant de la

²⁶⁰⁷ CE, 17 mai 2002, n° 236202, Association France Nature Environnement, *RJE*, n° 4, 2002, p. 641; *RDI*, 2002, p. 426, obs. L. DEREPAAS ; *DA*, n° 10, 2002, comm. 17, commentaire C. MONIOLLE ; *LPA*, n° 142, 2003, p. 13, note V. INSERGUET-BRISSET. Historiquement cette solution se justifiait compte tenu de fait que, dans l'hypothèse où la Commission nationale du débat public refusait d'organiser un débat, elle pouvait simplement recommander au responsable du projet l'organisation d'une concertation selon des modalités qu'elle propose. Il n'était donc pas acquis qu'une procédure de participation précoce ait lieu. V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », note sous CE 17 mai 2002, Association France nature environnement et CE 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *LPA*, n° 142, 17 juillet 2003, p. 13. Or, depuis l'ordonnance du 3 août 2016, en l'absence de débat public ou de concertation décidée par la Commission, il revient obligatoirement au responsable du projet d'organiser lui-même une procédure de consultation préalable. Une procédure aura donc nécessairement lieu, ce qui relative la jurisprudence classique relative aux refus de prendre une mesure préparatoire qui ferait obstacle au déclenchement d'une procédure.

²⁶⁰⁸ CE, 14 juin 2002, n° 215154, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *Rec.*, tables, p. 963 ; *RDI*, 2002, p. 375, note F. DONNAT ; *ibid.*, p. 426, obs L. DEREPAAS ; *Environnement*, n° 8, Août 2002, comm. 107, commentaire L. BENOIT ; *LPA*, n° 142, 2003, p. 13, note V. INSERGUET-BRISSET.

²⁶⁰⁹ V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 13.

²⁶¹⁰ Pour une tentative d'explication de cette jurisprudence, voir notamment C. MONIOLLE, « Contrôle du juge sur les décisions de la Commission nationale du débat public », note sous CE, 17 mai 2002, Association France nature environnement, *DA*, n° 10, octobre 2002, comm. 171 ; L. DEREPAAS, « Commission nationale du débat public : pouvoirs et délais », observations sous CE 17 mai 2002, Association France nature environnement, *RDI*, 2002, p. 330 ; B. DELAUNAY, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public », *op. cit.*, *AJDA*, 2004, p. 2100. Pour ces auteurs, le principal motif de cette solution serait que la procédure devant la Commission nationale du débat public est distincte de la procédure d'élaboration du projet, et parce que la décision est prise par une instance distincte de l'autorité qui prendra la décision finale.

²⁶¹¹ CE, 14 juin 2002, n° 215154, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *op. cit.* : « *considérant que, si les décisions par lesquelles la Commission nationale du débat public décide ou refuse d'organiser un débat public ont le caractère de décisions faisant grief, les mesures que cette commission ou la commission particulière qu'elle a chargée de l'organisation d'un débat public arrête ensuite pour déterminer les modalités de déroulement d'un tel débat, ne constituent pas des décisions susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir* ».

²⁶¹² B. DELAUNAY, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public », *op. cit.*, *AJDA*, 2004, p. 2100.

concertation régie par le code de l'environnement lorsqu'elle n'est pas décidée par la Commission nationale du débat public²⁶¹³. Il en va différemment de la décision par laquelle l'autorité organisatrice d'une concertation régie par le code de l'urbanisme définit les objectifs et les modalités de la concertation qui, nous le verrons, est susceptible de recours pour excès de pouvoir par voie d'action dans ses deux composantes. Dans le même cadre, la délibération ou l'acte décidant du recours à un processus référendaire et en organisant les modalités n'est pas un acte préparatoire de la délibération qui sera prise après le scrutin et est donc, à ce titre, susceptible de recours²⁶¹⁴. S'agissant du dispositif de la consultation des électeurs et du référendum régis par le code général des collectivités territoriales, l'article LO 1112-3 dispose que la votation ne peut intervenir moins de deux mois après la transmission de la délibération au représentant de l'Etat. Ce dernier dispose d'un délai de dix jours à compter de la réception de la délibération pour la déférer au tribunal administratif s'il l'estime illégale et peut assortir son recours d'une demande de suspension. Toute autre personne ayant intérêt à agir peut procéder de même durant le délai de deux mois. Il s'agit là d'un dispositif institué pour empêcher préventivement l'organisation d'un processus référendaire portant sur un projet qui ne relève pas de la collectivité qui l'a décidé, spécialement lorsqu'il s'agit d'organiser une votation sur un projet relevant de l'État. Plus largement, il faut constater une certaine influence du droit électoral, puisque les actes organisant un scrutin sont susceptibles de recours devant le juge électoral, « *eu égard aux effets qu'ils peuvent avoir sur le bon déroulement de la campagne et la sincérité du scrutin [ce qui] pourrait guider plus largement tous les procédés de participation* »²⁶¹⁵.

Parallèlement, constituent en principe des mesures préparatoires les actes relatifs à l'exécution des modalités d'organisation du processus participatif. C'est ainsi que ne sont pas susceptibles de recours, le refus de la Commission nationale du débat public d'ordonner une

²⁶¹³ Il est alors simplement prévu à l'article L. 121-21 du code de l'environnement qu'« *aucune irrégularité au regard des dispositions de la présente section ne peut être invoquée lorsque l'acte par lequel le représentant de l'Etat n'a pas jugé opportun, à la suite de l'exercice du droit d'initiative, d'organiser une concertation préalable sur un projet, est devenu définitif* ».

²⁶¹⁴ CE, 16 décembre 1994, n° 146832, Commune d'Avrillé, *Rec.*, p. 558 ; *AJDA*, 1995, p. 838, note Y. JÉGOUZO ; *LPA*, 31 juillet 1995, n° 91, p. 22, note D. GILLIG ; *RFDA*, 1996, n° 3, p. 452, note R. RIHAL : s'agissant du dispositif de la consultation des électeurs. CAA de Versailles, 23 octobre 2008, n° 08VE01555, Commune de Clichy-la-Garenne : s'agissant du référendum local. CE, 20 juin 2016, n° 400364 et 400365, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et a. : s'agissant de la procédure de consultation locale des électeurs régies par le code de l'environnement.

²⁶¹⁵ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 720.

expertise complémentaire²⁶¹⁶, son refus d'interrompre le débat ou de le reporter à une date ultérieure²⁶¹⁷, la délibération d'une collectivité territoriale destinée à approuver le bilan d'une concertation²⁶¹⁸, l'acte par lequel elle décide d'arrêter le dossier définitif d'un projet ou déclare prendre des mesures compensatoires pour les riverains d'une opération d'aménagement²⁶¹⁹ ou encore la déclaration de projet²⁶²⁰. Il faut ici encore relever une exception à cette règle générale, puisque la régularité d'un scrutin référendaire local peut être contestée dans les conditions, formes et délais prescrits pour les réclamations contre l'élection des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ayant décidé de l'organiser²⁶²¹. Pour le recours contre une consultation locale régie par le code de l'environnement, le législateur prend comme référence l'élection des membres des conseils municipaux²⁶²².

512. Nonobstant les hypothèses de décisions préparatoires susceptibles de recours par voie d'action, les mesures préparatoires concernées « *sont seulement insusceptibles de recours immédiat, leur illégalité peut, en revanche, être invoquée à l'appui d'un recours exercé contre la décision ultérieure qu'elles ont préparée* »²⁶²³. Nous l'avons vu, le régime général du contentieux administratif permet surtout au requérant de contester les irrégularités affectant le processus participatif mis en place une fois que la décision finale intervient, c'est-à-dire celle qui autorise ou approuve le projet, plan ou programme²⁶²⁴. Mais encore faut-il que ce processus participatif aboutisse à une décision, ce qui n'est pas acquis en toutes circonstances. Cette situation se présente lorsque l'administration renonce à prendre un acte, soit parce que le processus participatif mis en place ne conduit qu'à des actions factuelles. Cette seconde hypothèse se présente fréquemment à la suite des réunions des comités consultatifs locaux. Les

²⁶¹⁶ CE, 14 juin 2002, n° 215154, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *op. cit.*, *Rec.*, tables, p. 963 ; *RDI*, 2002, p. 375, note F. DONNAT ; *ibid.*, p. 426, obs L. DEREPAAS ; *Environnement*, n° 8, Août 2002, comm. 107, commentaire L. BENOIT ; *LPA*, n° 142, 2003, p. 13, note V. INSERGUET-BRISSET.

²⁶¹⁷ CE, ass., 5 avr. 2004, n° 254775, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *AJDA*, 2004, p. 2100, note Delaunay ; *DAUH* 2005, n° 97.

²⁶¹⁸ CE 2 févr. 1998, n° 160354, Les amis de l'Église Saint-Cœur-de-Marie de Concarneau, *RDI*, 1998, p. 236.

²⁶¹⁹ CE, sect., 30 mars 2016, n° 383037, *AJDA*, 2016, p. 638.

²⁶²⁰ Article L. 122-1 alinéa 3 du code de l'urbanisme, issu de l'ordonnance n° 2014-1345 du 6 novembre 2014 : « *lorsque l'opération est déclarée d'utilité publique, la légalité de la déclaration de projet ne peut être contestée que par voie d'exception à l'occasion d'un recours dirigé contre la déclaration d'utilité publique* ».

²⁶²¹ Article LO. 1112-14 du code général des collectivités territoriales.

²⁶²² Article L. 123-32 du code de l'environnement.

²⁶²³ V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 13.

²⁶²⁴ À titre exceptionnel, l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme dispose que « *les vices qui affecteraient la légalité externe de [la déclaration de projet] sont sans incidence sur la légalité de la déclaration d'utilité publique* », ce qui constitue une hypothèse dans laquelle une irrégularité procédurale n'a pas de conséquence sur la légalité de la décision.

membres ne sont le plus souvent pas saisis d'un acte sur lequel ils sont invités à rendre un avis, mais ils sont simplement réunis pour échanger sur une affaire concernant la vie de la collectivité. Par exemple, il ne découle directement aucune décision de la réunion d'un comité consultatif préalablement à l'organisation d'un événement sur une commune. Tout au plus, le maire sera amené à prendre un arrêté de police, à passer des marchés pour l'organisation de cette manifestation. Mais le comité pourra n'être aucunement invité à se prononcer sur ces questions. Dans ces hypothèses, la reconnaissance des droits à l'information, à l'expression du point de vue et à un délai suffisant reste purement théorique, car le juge ne pourra jamais être saisi.

Dans ce schéma traditionnel du contentieux administratif, le requérant pouvait s'appuyer sur la technique contentieuse de l'exception d'illégalité de la décision finale à l'occasion d'un recours contre un acte d'exécution ou en application de la théorie des opérations complexes. En effet, « *après l'expiration du délai de recours contentieux, une (...) contestation peut être formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de l'acte réglementaire ou dont ce dernier constitue la base légale* »²⁶²⁵. Cette technique permet ainsi aux requérants d'invoquer des irrégularités affectant une décision intervenue très en amont lors d'un recours contre une décision récente à l'effet d'obtenir l'annulation de cette dernière. Appliqué au contentieux de la participation, il peut notamment s'agir, pour les membres des organes collégiaux, de contester directement le règlement intérieur encadrant les droits qu'ils tiennent de leur appartenance à cet organe. Dans un tout autre registre, il est possible de contester par voie d'exception la déclaration d'utilité publique lors d'un recours contre un acte d'expropriation qui en découle. Aussi, lors d'un recours contre un permis de construire, il est possible d'exciper de l'illégalité du plan local d'urbanisme qu'il applique. Cette technique contentieuse de l'exception d'illégalité est utilisée très fréquemment par les requérants en vertu d'un principe de perpétuité²⁶²⁶, dont la portée a cependant été progressivement réduite.

²⁶²⁵ CE, 18 mai 2018, n° 414583, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, *AJDA*, n° 21, 2018, n° 21, p. 1206, note S. ROUSSEL et Ch. NICOLAS ; *LPA*, n° 120, 2018, p. 4, note A. DIZIER ; *ibid.*, n° 145, 2018, p. 22, note A. ARANDA VASQUEZ ; *DA*, n° 7, 2018, alerte 91.

²⁶²⁶ CE, 29 mai 1908, Poulain, *Rec.*, p. 580.

2) La limitation de l'invocation des vices de forme et de procédure par voie d'exception

Historiquement, l'exception d'illégalité permettait d'invoquer tout aussi bien des moyens d'illégalité interne que d'illégalité externe. À cet égard, l'exception d'illégalité s'est avérée être une « véritable bombe à retardement »²⁶²⁷, spécialement dans le domaine de l'urbanisme et de l'environnement, puisque de nombreux documents ou décisions ont vu leurs effets remis en cause par des irrégularités formelles ou procédurales.

Dans un premier temps, le législateur a mis en place des dispositifs de limitation souple de l'invocation des vices de forme et de procédure. « Pour sécuriser des actes approuvés après des cheminements complexes, donc sujets à erreur, le législateur préfère sacrifier des armes contentieuses »²⁶²⁸. La loi « Bosson » du 9 février 1994²⁶²⁹ a introduit un article L. 600-1 du code de l'urbanisme, selon lequel « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, 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. [Ces] dispositions sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté ». Afin de ne pas priver d'effets les garanties offertes au public, le législateur a prévu deux exceptions, puisque cette règle n'est pas applicable aux vices « les plus grossiers » concernant « 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 »²⁶³⁰. L'application de cet article donne un contentieux particulièrement fourni. Prenant exemple sur ce dispositif, l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 a institué un article L. 121-22 du code de l'environnement selon lequel « l'illégalité pour vice de forme ou de procédure des décisions prises [suite à un débat public ou une concertation préalable] ne peut être invoquée, par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prise d'effet, à l'encontre de la décision d'autorisation du projet ». Jusqu'alors, cette limitation de l'invocation des vices de forme et de

²⁶²⁷ V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 13.

²⁶²⁸ *Idem.*

²⁶²⁹ Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *JO*, n° 34, 10 février 1994, p. 2271.

²⁶³⁰ V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 13.

procédure par voie d'exception restait cantonnée à ces seules hypothèses. Le principal général du droit était plus libéral que les dispositions législatives.

Mais c'était sans compter sur la jurisprudence du Conseil d'État qui a récemment opéré un revirement dans sa jurisprudence relative à la perpétuité de l'exception d'illégalité. Dans un arrêt « Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT »²⁶³¹ du 18 mai 2018, la Haute juridiction administrative était saisie par voie d'exception de l'irrégularité procédurale d'un décret. De façon innovante, les juges considèrent que « *si (...) la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édition de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux* ». En d'autres termes, il n'est plus possible d'exciper un vice de forme ou de procédure par voie d'exception en l'encontre d'un acte réglementaire. L'exception d'illégalité se limite au vice d'incompétence et aux moyens d'illégalité interne. Reste à savoir comment va pouvoir s'articuler ce principe nouveau avec les dispositions législatives codifiées aux articles L. 600-1 du code de l'environnement et L. 121-22 du code de l'environnement, dont l'objectif visait à s'exonérer de la règle libérale initialement fixée par la jurisprudence au nom de la sécurité juridique. Dans la logique des choses, ces dispositions textuelles offrent désormais un cadre spécial plus souple que la règle générale, contrairement à la philosophie initiale. Cette jurisprudence invitera certainement le législateur à se repositionner. Désormais, seules les dispositions particulières applicables aux procédures précoces de débat public et de concertation régies par le code de l'urbanisme font office de règles garantissant la sécurité juridique de façon plus poussée que le principe général du droit.

3) *La réorganisation de l'invocation des vices de forme et de procédure par voie d'action*

513. Parallèlement à la limitation de l'invocation des vices de forme et de procédure par voie d'exception, le législateur a choisi d'organiser différemment le recours par voie d'action, en

²⁶³¹ CE, 18 mai 2018, n° 414583, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, *op. cit.*, AJDA, n° 21, 2018, n° 21, p. 1206, note S. ROUSSEL et Ch. NICOLAS ; LPA, n° 120, 2018, p. 4, note A. DIZIER ; *ibid.*, n° 145, 2018, p. 22, note A. ARANDA VASQUEZ ; DA, n° 7, 2018, alerte 91.

empêchant ou en limitant ponctuellement la possibilité d'invoquer un vice de procédure lors de la décision finale autorisant ou approuvant le projet, plan ou programme. Cette situation caractérise les procédures précoces de participation du public que sont les débats publics (a) et la concertation régie par le code de l'urbanisme (b), selon deux modalités distinctes mais qui se caractérisent tous deux par la mise en place de recours précoces. De son côté, le dispositif de la concertation préalable régie par le code de l'environnement se voit appliquer un régime classique permettant au requérant de contester tout aussi bien l'organisation et que déroulement de la procédure au stade de la décision finale²⁶³².

a) *L'organisation d'un recours précoce pour contester un débat public*

514. S'agissant du contentieux du débat public, nous avons d'ores-et-déjà vu que la délibération de la Commission nationale du débat public qui décide ou refuse d'organiser un débat public est un acte susceptible de recours, mais non la délibération qui en détermine les modalités d'organisation. À cela s'ajoute, depuis l'intervention de la du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité²⁶³³, la règle aujourd'hui fixée à l'article L. 121-15 du code de l'environnement selon laquelle « aucune irrégularité au regard des dispositions [relatives au débat public] ne peut être invoquée lorsque l'acte par lequel la Commission nationale du débat public a renoncé à organiser un débat public ou une concertation préalable ou l'acte mentionné à l'article L. 121-13 est devenu définitif »²⁶³⁴. Cette disposition reprend la proposition suggérée par le Conseil d'Etat dans son rapport sur l'utilité publique en 1999²⁶³⁵. Elle implique deux conséquences juridiques.

D'abord, cela signifie qu'il n'est plus possible de contester par voie d'exception la décision de refus d'organiser un débat ou une concertation préalable. Cette décision doit nécessairement faire l'objet d'un recours direct.

²⁶³² Voir notamment, CAA Marseille, 27 février 2018, n° 17MA00357.

²⁶³³ Modifiée par l'article 238 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JO*, 13 juillet 2010, p. 12905.

²⁶³⁴ Le Conseil d'Etat a reconnu la conventionnalité de cette disposition au regard de la directive « plans et programmes » n° 2003/35/CE du 26 mai 2003. CE, 31 juillet 2009, n° 314955, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes.

²⁶³⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 64.

Ensuite, cette disposition implique que les irrégularités de la procédure de débat public ne peuvent être contestées par voie d'action qu'à l'occasion d'un recours contre la décision par laquelle le responsable du projet, plan ou programme décide, dans un délai de trois mois après la publication du bilan, du principe et des conditions de la poursuite du projet, plan ou programme, en vertu de l'article L. 121-13 du code de l'environnement. Une fois cette décision devenue définitive, il n'est donc plus possible de contester l'organisation et le déroulement du débat public à l'occasion du recours contre la décision finale autorisant ou approuvant le projet, plan ou programme. Cette originalité vise à isoler la procédure du débat public pour éviter que les vices affectant son organisation et son déroulement viennent fragiliser les actes intervenant en aval au cours de la procédure d'élaboration d'un projet²⁶³⁶. Cette « *impermeabilisation* »²⁶³⁷ de la procédure de débat public conduit nécessairement à limiter les occasions pour le juge de contrôler le caractère suffisant des modalités du débat public²⁶³⁸. Le juge procède alors à une ventilation des moyens contentieux entre ces deux actes administratifs. Il considère que « *l'acte prévu par l'article L. 121-13 du code de l'environnement a pour seul objet de tirer les conséquences du débat public qui a été organisé (...); que si cet acte (...) ne peut, eu égard à son objet, être contesté que sur le fondement de moyens tirés de vices propres dont il serait entaché, de l'irrégularité du débat public au regard de ces mêmes dispositions, à l'exclusion, notamment, de toute contestation du bien-fondé de l'opération dont il est décidé de poursuivre les études, celui-ci ne pouvant être mis en cause qu'à l'occasion des actes qui, au titre des différentes législations applicables, en autorisent la réalisation* »²⁶³⁹.

515. Dans le cadre de cette législation, la décision mentionnée à l'article L. 121-13 constitue une décision faisant grief, qu'il n'est plus possible de contester par voie d'exception lors de l'examen de la décision finale. Cet état du droit n'allait pas de soi pour deux raisons.

D'une part, si le caractère de décision faisant grief se comprend s'agissant des délibérations des collectivités publiques, la situation est tout autre lorsque le maître d'ouvrage d'un projet est une personne privée. Dans cette situation, l'acte décidant du principe et des conditions de la poursuite du projet apparaît comme un acte unilatéral privé décisoire,

²⁶³⁶ V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 13.

²⁶³⁷ Y. JÉGOUZO, « La loi Démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public », *op. cit.*, p. 191.

²⁶³⁸ B. DELAUNAY, « Le débat public », *AJDA*, 2006, p. 2322 et s.

²⁶³⁹ CE, 28 décembre 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *Rec.*, tables, p. 1143 ; *Envir.*, n° 40, mars 2006, note J.-M. FÉVRIER ; *JCP Adm.*, n° 53, 2006, note ROUAULT.

susceptible de recours pour excès de pouvoir, ce qui ne peut manquer d'interpeller le juriste. En réalité, il y a là une simple logique finaliste. C'est parce que les irrégularités du débat public ne pourront plus être invoquées ultérieurement que le recours contre la décision d'un maître d'ouvrage privé est recevable. « *La recevabilité du recours contre cet acte est la contrepartie de l'effet de "purge" que lui confère cet article* »²⁶⁴⁰.

Or, d'autre part, il aurait été tout à fait envisageable que considérer l'acte mentionné à l'article L. 121-16 comme étant classiquement « *à la fois simplement confirmatif sur le principe du projet et préparatoire vis-à-vis des décisions d'autorisation subséquente* »²⁶⁴¹. Il faut alors partager ce constat de P. Vialatte. « *Tout cela a sa logique, mais peut quand même surprendre. Ainsi, tout un contentieux s'organise dans le cadre d'actes, qu'ailleurs on qualifierait sans doute d'actes préparatoire, et même de préparation lointaine, non susceptibles de recours. Et on n'y discute que de la procédure, et pas du fond. On peut s'interroger sur l'utilité de retourner en tous sens la procédure sans jamais déboucher sur le fond, qui à ce stade n'a pas assez de consistance. Cela signifie qu'est apparu une sorte de droit autonome à la procédure de débat public. La procédure est devenue une fin en soi. C'est curieux et innovant* »²⁶⁴². Ça l'est d'autant plus qu'aucun dispositif comparable n'a été organisé dans le cadre des autres procédures de participation précoce. La concertation régie par le code de l'environnement, qui connaît une exigence comparable de réponse²⁶⁴³ de la part du responsable du projet, reste soumise aux règles classiques du contentieux administratif. C'est seulement la décision finale qui est attaquable par voie d'action. De son côté, la concertation régie par le code de l'urbanisme se voit quant à elle soumise à un régime contentieux alternatif.

²⁶⁴⁰ B. DELAUNAY, « Le contentieux de la procédure du débat public », commentaire sous CE, 28 décembre 2005, Association Aquitaine Alternatives et autres, *AJDA*, 2006, p. 1664.

²⁶⁴¹ J.-M. FÉVRIER, « De la contestation de la décision prise à l'issue du débat public », note sous CE, 28 décembre 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *Environnement*, n° 3, mars 2006, comm. 40.

²⁶⁴² P. VIALATTE, « Dix ans de débat public. Un bilan global positif », *Environnement*, Décembre 2007, étude 13.

²⁶⁴³ Voir *supra*, n° 441.

b) *L'organisation d'un recours précoce pour contester une concertation régie par le code de l'urbanisme*

516. Afin de sécuriser les procédures de concertation régies par les articles L. 103-2 et suivants et L. 300-2 du code de l'urbanisme, le législateur a mis en place un dispositif différent de celui rencontré pour les débats publics. Pour éviter que les irrégularités entachant la procédure de concertation ne puissent, au terme de la procédure d'élaboration ou de révision d'un document d'urbanisme ou d'une opération d'aménagement, conduire à son annulation²⁶⁴⁴, la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003²⁶⁴⁵ est venue préciser que « *les documents d'urbanisme et les opérations [concernées] ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation, dès lors que les modalités définies par la délibération (...) 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* ». Cette disposition, codifiée à l'article L. 600-11 du code de l'urbanisme de l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015²⁶⁴⁶, était initialement limitée à la procédure de concertation obligatoire, aujourd'hui régie par les articles L. 103-2 et suivants. Depuis cette même ordonnance, ce dispositif s'applique également à la procédure de concertation facultative régie par l'article L. 300-2. Ce dispositif a pour conséquence de restreindre profondément le droit au recours.

En effet, pour contester l'insuffisance dans la détermination des modalités d'organisation de la concertation, les requérant ne peuvent plus attendre l'intervention de la décision finale. Le législateur les contraint à former un recours directement contre la décision initiale par laquelle l'autorité organisatrice définit les « *objectifs poursuivis et les modalités de la concertation* »²⁶⁴⁷, qui est ainsi une décision faisant grief²⁶⁴⁸ contrairement à la situation qui se présente dans le schéma traditionnel. Or, comme le soulève L. Santoni, « *ni l'article L. 300-2 ni les nouveaux articles réglementaires ne précisent concrètement si la concertation doit être ouverte par un arrêté du maire ou du Préfet décidant du principe de la concertation, et définissant les modalités et les objectifs de la concertation, à l'instar de ce qui est prévu en*

²⁶⁴⁴ Pour une application de cette règle générale antérieurement à la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, voir notamment CAA de Lyon, 6 avr. 2006, n° 04LY00675, Commune de Saulon la Chapelle.

²⁶⁴⁵ Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, Urbanisme et habitat, JO, 3 juillet, p. 11176.

²⁶⁴⁶ Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015, relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme, JO, 24 septembre 2015, p. 16803.

²⁶⁴⁷ Article L. 103-3 du code de l'urbanisme.

²⁶⁴⁸ CAA de Lyon, 10 décembre 2009, n° 08LY02350, Association Carton Rouge.

matière de concertation obligatoire »²⁶⁴⁹. Mais, on ne voit pas comment l'article L. 600-11 pourrait s'appliquer à cette concertation facultative s'il n'y avait pas de décision. Cela signifierait alors soit qu'il ne serait pas possible d'en contester les modalités d'organisation, soit que la règle ne s'applique pas contrairement à l'intention exprimée par le législateur. Dans les deux cas, la solution n'aurait aucun sens. « *Au plan pratique au moins, un arrêté organisant les modalités de la concertation sera nécessaire, ou à tout le moins utile* »²⁶⁵⁰. Le juge aura certainement l'occasion de se prononcer.

Parallèlement, il faut soulever un second problème. Si, pour contester la détermination des modalités de la concertation, il faut former un recours directement pour la décision initiale, encore faut-il que le public en soit tenu informé. Or, aucun dispositif de publicité particulier n'est imposé pour cet acte réglementaire, qui est simplement subordonné à l'accomplissement d'une publication officielle ou d'affichage en vue de le rendre opposable à tous. Le très faible nombre de recours direct contre cette décision initiale²⁶⁵¹ démontre que le public n'a pas vocation à s'en saisir pour contester la concertation pour deux raisons, soit parce qu'il n'en est effectivement pas tenu informé à ce stade, soit parce que l'intérêt à participer puis l'intérêt à agir apparaissent plus tardivement lors du déroulement de la concertation, après avoir pris connaissance du contenu du projet. Or, la concertation peut tout à fait débuter après le délai de recours contentieux contre la décision en fixant les modalités. Pour sécuriser leurs procédures, les autorités concernées ont tout intérêt à procéder de même. Une fois la décision devenue définitive, il n'est plus possible d'exciper de son illégalité lors d'un recours contre la décision autorisant ou approuvant le projet, plan ou programme²⁶⁵², ce qui constitue la seconde conséquence juridique de la règle fixée à l'article L. 600-11.

Au stade de la décision finale, les juridictions administratives se contentent d'appliquer la règle *legem patere quem fecisti*, c'est-à-dire de vérifier que l'administration a bien respecté les modalités de la concertation qu'elle a initialement déterminées. Il ne doit pas exister de

²⁶⁴⁹ L. SANTONI, « La concertation préalable facultative aux permis de construire ou d'aménager, mode d'emploi », *Construction-Urbanisme*, n° 2, 2016, comm. 17, p. 23.

²⁶⁵⁰ *Idem*.

²⁶⁵¹ De l'examen des jurisprudences recensées sur Legifrance, un recours contre la délibération définissant les modalités de la concertation ne se constate que dans un seul arrêt de Cour administrative d'appel. CAA de Lyon, 10 décembre 2009, n° 08LY0250, Association Carton rouge, *op. cit.* Le contentieux ne portant d'ailleurs pas sur l'insuffisante détermination des modalités de la concertation, mais sur l'insuffisante information des membres de l'assemblée délibérante locale.

²⁶⁵² Pour une application, voir notamment CE, 8 octobre 2012, n° 338760, Commune d'Illats, Rec. ; *AJDA*, 2012, p. 1932 ; *RDI*, 2012, 640, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT*, 2013, p. 163, obs. J. CORONAT ; *Constr.-Urb.*, 2012, comm. n° 172, note L. SANTONI ; *BJDU*, n° 6, 2012, p. 459, concl. X. DE LESQUEN, obs. Ph. BAFFERT ; *JCP N*, 2012, act. 933, obs. L. ERSTEIN.

contradiction entre les modalités définies dans la délibération et la concertation telle qu'elle se déroule effectivement. « *Si l'administration est libre de définir les modalités de la concertation qu'elle entend engager, elle est tenue, dès lors que ces modalités ont été définies, de s'y conformer* »²⁶⁵³. Ainsi, avant d'autoriser ou d'approuver un projet, plan ou programme, l'administration compétente doit s'assurer que la concertation s'est déroulée dans des conditions strictement conformes à ce qui a été prévu. Si ce n'est pas le cas, la procédure sera jugée irrégulière, ce qui entraînera l'annulation de la décision finale²⁶⁵⁴. Tout au plus, lorsque des modalités supplémentaires ont été organisées, le juge doit rechercher si, eu égard aux conditions dans lesquelles elles se sont déroulées, elles ont eu pour effet d'entacher d'irrégularité la procédure de concertation. Il considère à ce titre que l'organisation de modalités supplémentaires ne saurait avoir « *par elle-même, pour effet d'entacher d'illégalité la délibération* »²⁶⁵⁵. Comme l'évoque Ch. Testard, « *une décision inverse était en réalité difficilement envisageable dès lors que la règle selon laquelle les modalités de la concertation préfixées doivent être suivies apparaît comme une garantie pour les administrés* »²⁶⁵⁶.

517. En vue d'assouplir ce dispositif, la Cour d'administrative de Lyon, dans un arrêt *Commune de Saint-Bon-en-Tarentaise* » du 27 février 2015²⁶⁵⁷, a souhaité le limiter à la seule délibération qui détermine les modalités de la concertation et en exclure la délibération qui fixe, au moins dans leurs grandes lignes, les objectifs de cette procédure²⁶⁵⁸. Elle considérait que

²⁶⁵³ M. FRITZ-LEGENDRE, « Les hésitations de la jurisprudence face à la notion de concertation », *op. cit.*, p. 154.

²⁶⁵⁴ Par exemple, TA Versailles, 25 mai 1993, Comité de défense du Parc et autres c/ Commune de Houilles, *Etudes foncières*, n° 60, septembre 1993, p. 42, note LAMORLETTE ; CAA de Lyon, 11 oct. 2011, n° 10LY01217, *Constr.-Urb.*, 2011, comm. n° 171, note D. GILLIG ; CAA de Douai, 8 décembre 2011, n° 10DA01597, Commune de Templeuve, *Constr.-Urb.*, 2012, comm. n° 23, note P. CORNILLE ; CAA de Paris, 31 mai 2013, n° 12PA02341 ; CAA de Marseille, 25 mars 2014, n° 11MA00409, M. Joly et a.

²⁶⁵⁵ CE, 25 novembre 2015, n° 372659, Commune de Cazedarnes, *Rec.*, tables, p. 910 ; *JCP A*, n° 16, 2016, 2107, chron. R. VANDERMEEREN ; *ibid.*, n° 22, 2016, 2156, conclusions J. LESSI ; *BJDU*, n° 2, 2016, conclusions J. LESSI ; *RDI*, n° 1, 2016, p. 40, obs. P. SOLER-COUTEAUX.

CAA de Douai, 29 septembre 2016, n° 14DA01641, SCI Monts en Vexin.

²⁶⁵⁶ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 759.

²⁶⁵⁷ CAA de Lyon, 27 février 2015, n° 14LY01961, Commune de Saint-Bon-Tarentaise, *Constr.-Urb.*, n° 33, 2015, note SANTONI.

²⁶⁵⁸ La décision fixant les objectifs poursuivis et les modalités de la concertation telle que mentionnée à l'article L. 103-3 du code de l'urbanisme peut faire l'objet de délibérations différentes. CE, 17 avril 2013, n° 348311, Commune de Ramatuelle, *Rec.* ; *AJDA*, 2013, p. 823 ; *ibid.*, p. 1931, note E. CARPENTIER ; *RDI*, 2013, p. 488, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT*, 2013, p. 476, obs. J.-B. SIBILEAU ; *Constr.-Urb.*, 2013, comm. 82, note L. SANTONI ; *DAUH*, 2014, p. 177, n° 88, chron. B. DELAUNAY ; CAA Bordeaux, 18 avril 2013, n° 12BX01967, Commune de Biganos, *AJDA*, 2013, p. 2293 ; *DAUH*, 2014, p. 177, n° 89, chron. DELAUNAY. Revirement de CE, 10 févr. 2010, n° 327149, Cne de Saint-Lunaire, *Rec.*, p. 1012 ; *AJDA*, 2010, p. 294, note VINCENT ; *RDI*, 2010, p. 333, obs. P. SOLER-

l'insuffisance ou l'absence de cette délibération, empêchant le public de participer utilement à l'élaboration du projet, mettait en cause « *non pas la procédure d'adoption de la délibération (...), mais son contenu même, s'analysant ainsi comme un vice de légalité interne* », de sorte qu'il soit possible d'exciper de son illégalité à l'occasion d'un recours contre la décision finale autorisant ou approuvant le projet, plan ou programme. Cette interprétation constructive a cependant été rapidement remise en cause par le Conseil d'État, lorsqu'il a été saisi en cassation de cette même affaire, confirmant ainsi que l'exigence de sécurité juridique des documents d'urbanisme et opérations d'aménagement concernés par la procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme. Il juge que « *le conseil municipal doit, avant que ne soit engagée la concertation, délibérer, d'une part, et au moins dans leurs grandes lignes, sur les objectifs poursuivis par la commune en projetant d'élaborer ou de réviser ce document d'urbanisme, et, d'autre part, sur les modalités de la concertation ; que, si cette délibération est susceptible de recours devant le juge de l'excès de pouvoir, son illégalité ne peut, en revanche, eu égard à son objet et à sa portée, être utilement invoquée contre la délibération approuvant le plan local d'urbanisme* »²⁶⁵⁹.

En définitive, le cadre juridique applicable au contentieux de la concertation régie par le code de l'urbanisme contraint les requérants à scinder en deux leurs recours selon qu'ils souhaitent contester la détermination des modalités ou le déroulement de la procédure, ce qui n'est pas très judicieux. Peut-être serait-il plus pertinent d'aligner l'ensemble des procédures de participation précoce du public sur le modèle du débat public, en permettant la contestation d'une décision intermédiaire par laquelle le responsable du projet se prononce sur le principe et sur la poursuite de ce projet, constituant la fameuse exigence de réponse²⁶⁶⁰. Dès lors, seule la procédure ultérieure de consultation du public serait susceptible d'être contestée à l'occasion de l'acte final autorisant ou approuvant le plan, projet ou programme. Le régime contentieux de la participation en ressortirait simplifié. Une telle dichotomie entre procédures de concertation (au sens large) et procédures de consultation du public n'a cependant pas vocation à se retrouver dans le cadre de la jurisprudence « Danthony » relative à la limitation des

COUTEAUX ; *BJDU*, 3/2010, p. 182, concl. L. DEREPAAS, affirmant que la présence des deux versants dans une même délibération constituait une formalité substantielle.

²⁶⁵⁹ CE, sect., 5 mai 2017, n° 388902, Commune de Saint-Bon-Tarentaise, *Rec.* ; *AJDA*, 2017, p. 1515, note PRIET ; *RFDA*, 2017, p. 790, note CARPENTIER ; *ibid.*, 2017, p. 783, conclusions DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *RDI*, 2017, p. 364, obs. SOLER-COUTEAUX ; *Constr.-Urb.*, 2017, n° 96, note SANTONI ; *DA*, 2017, alerte 107 ; *AJCT*, 2017, p. 586, note PEYNET.

²⁶⁶⁰ Voir *supra*, n° 441.

conséquences contentieuses des irrégularités procédurales, qui forme un élément d'unité au sein du régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative.

§ 2 – La limitation des conséquences contentieuses des irrégularités affectant la participation

518. Qu'elle affecte la procédure ou l'exercice de la compétence, les garanties matérielles, temporelles et organiques de la participation impliquent le respect de nombreuses règles de procédure²⁶⁶¹. Or, lorsqu'il est saisi d'un moyen tiré d'un vice de procédure, le juge administratif est invité à concilier deux principes contradictoires : la légalité et la sécurité juridique. Si la première impose la censure des irrégularités procédurales, le second invite au contraire à ne pas sanctionner celles qui sont sans conséquence. Ce filtre contentieux ancien a été redéfini de façon générale par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'arrêt « Danthony » du 23 décembre 2011²⁶⁶² (A). Il trouve logiquement à s'appliquer au régime contentieux de la participation du citoyen (B).

A – La redéfinition des conséquences contentieuses des irrégularités procédurales par la jurisprudence « Danthony »

519. La jurisprudence « Danthony », apporte un renouveau dans l'appréciation des conséquences contentieuses des irrégularités procédurales sur la légalité des décisions adoptées, auparavant établie dans le cadre de la jurisprudence dites des vices substantiels ou non substantiels. Le constat de l'existence de solutions peu homogènes et de lignes directrices peu

²⁶⁶¹ La jurisprudence Danthony ne s'applique pas aux règles de forme. Ainsi, lorsqu'elle est mise en œuvre, l'exigence de motivation fait l'objet d'un classique contrôle du caractère suffisant des motifs mentionnés dans l'acte. CE 7 déc. 2016, n° 386315, Caisse d'assurance retraite et de santé du travail d'Aquitaine, Rec. 610.

²⁶⁶² CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Danthony, *Rec.*, p. 650 ; *JCP A*, n° 13, 2012, p. 12 et s. note C. BROUELLE ; *ibid.*, n° 12, 2012, note n° 558, D. CONNIL ; *JCP G*, n° 18, 2012, p. 907, note D. CONNIL ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. X. DOMINO, A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2012, p. 284, conclusions G. DUMORTIER, note P. CASSIA, p. 423, étude R. HOSTIOU ; *JCP G*, n° 24, 2012, p. 1187, chron. G. ÉVEILLARD ; *Dr. adm.*, n° 3, 2012, p. 29, note F. MELLERAY.

évidentes a conduit le législateur et le juge administratif à réformer, sans révolutionner, une jurisprudence ancienne mais sinieuse.

L'évolution du régime des incidences contentieuses des vices de procédures sur les décisions administratives a d'abord été le fruit de l'intervention du législateur. La loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit²⁶⁶³ intègre un article destiné, selon l'exposé des motifs « 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 ». C'est ainsi que l'article 70 de la loi dispose 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. L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes » sur internet. Prenant appui sur cette loi, à l'élaboration de laquelle il a participé au titre de sa fonction consultative, le Conseil d'État a pris soin de redéfinir sa jurisprudence afin d'étendre la portée de la solution nouvelle établie par le législateur. Dans son rapport public « Consulter autrement. Participer effectivement » publié le 8 juillet 2011, la haute juridiction administrative avait proposé de se prémunir contre « les censures contentieuses sans portée, et génératrices d'un formalisme excessif »²⁶⁶⁴. Transcrivant cette intention dans l'arrêt « Danthony », le Conseil d'État considère alors que les dispositions législatives « énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ». L'apport de cette jurisprudence est essentiel, puisque son champ d'application dépasse la portée de la règle établie à l'article 70 de la loi du 17 mai 2011.

²⁶⁶³ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO, n° 0115 du 18 mai 2011 p. 8537.

²⁶⁶⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, op. cit., p. 127.

Il couvre non seulement la consultation obligatoire ou facultative d'un organisme ou l'organisation d'une consultation ouverte sur Internet, mais aussi toute autre procédure administrative, qu'il s'agisse d'une procédure contradictoire, de la consultation d'une personne ou d'une autorité, de l'organisation d'une procédure de participation du public ou encore de l'organisation d'un processus référendaire.

En outre, les vices de procédure désignés par l'arrêt vont au-delà de ceux mentionnés par la loi. Ils peuvent résulter autant d'une irrégularité dans le déroulement de la procédure que de son omission lorsque cette dernière est obligatoire. Le juge administratif précise logiquement que cette règle jurisprudentielle n'est pas applicable lorsque l'omission ou l'irrégularité affecte « *la compétence de l'auteur de l'acte* ». On ne parle en effet plus de vice de procédure mais de vice d'incompétence dans la situation où la procédure conduit à associer une autorité à l'adoption même de la décision, c'est-à-dire lorsqu'elle est invitée à rendre un avis conforme. L'autorité consultée apparaît alors comme « *co-auteur* » de l'acte administratif²⁶⁶⁵. Et, puisqu'elle dispose à ce titre d'un « *pouvoir de décision* »²⁶⁶⁶, une irrégularité procédurale méconnaît nécessairement la « *compétence* »²⁶⁶⁷ de l'organisme consulté comme celle de l'auteur. On peut alors parler de codécision. Parallèlement, constituent improprement des vices d'incompétences les irrégularités entachant la procédure de consultation obligatoire du Conseil d'État²⁶⁶⁸, qui ne saurait être qualifié de co-auteur. Il s'agit là d'une jurisprudence produite par et pour le Conseil d'État en vue de permettre à ce dernier de soulever d'office un moyen portant sur l'irrégularité de sa propre consultation.

Enfin, la jurisprudence « Danthony » organise une hypothèse alternative, là où la loi n'envisageait l'illégalité de l'acte administratif concerné que lorsque les irrégularités sont « *susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise* » de la procédure. À cette hypothèse, le juge administratif ajoute celle dans laquelle le vice affectant la procédure prive les intéressés d'une garantie. Certes, la protection des garanties procédurales prévalait déjà auparavant dans le cadre de la jurisprudence relative aux formalités substantielles. « *C'eût été une singulière détérioration (...) que de renoncer à garantir... une garantie* »²⁶⁶⁹. Mais, cette notion apparaît tout de même comme « *innovation de la jurisprudence Danthony (...)* ».

²⁶⁶⁵ CE, sect. 16 juin 1944, Bonjasson, *Rec.*, p. 173. Voir *supra*, n° 15.

²⁶⁶⁶ CE, 12 janvier 1972, Caisse des dépôts et des consignations c/ Sieur Picot, *Rec.*, p. 33.

²⁶⁶⁷ CE, 7 janvier 1955, Sieur Ged, *Rec.*, p. 11, *D.*, 1955, J. 69, conclusions MOSSET.

²⁶⁶⁸ CE, 25 janvier 1957, Keinde Serigné, *Rec.*, p. 63 ; CE, 1^{er} juin 1962, Union générale des Syndicats de mandataires aux Halles de Paris, *AJDA*, 1963, p. 21.

²⁶⁶⁹ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21^e édition, 2017, p. 891.

Celle-ci n'est en effet pas définie ni en doctrine ni en jurisprudence et ne se livre qu'au terme d'une analyse au cas par cas »²⁶⁷⁰. Bien que cette notion de privation d'une garantie intervienne dans l'arrêt « Danthony » après celle de l'influence du vice sur le sens de la décision, la logique aurait voulu que la formulation soit inversée. Si l'on considère l'importance respective des deux vices de procédure possibles, celui de la violation des garanties est plus important et a une portée plus radicale que celui ayant seulement pu avoir une influence sur le contenu de la décision »²⁶⁷¹. Dans l'esprit de cette jurisprudence, la méconnaissance d'une garantie procédure affecte par elle-même la légalité de la décision. Ce n'est qu'à défaut de privation d'une telle garantie que le juge a vocation à s'intéresser à la question de savoir si l'irrégularité a ou non été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision. Dans la pratique, le juge s'exonère assez largement de cette distinction. Nous ne procéderons pas ici à un examen des subtilités de la jurisprudence « Danthony », qui mériterait une étude plus approfondie. Nous nous contenterons d'évoquer ici quelques illustrations appliquées au cas de la participation du citoyen à la décision administrative.

B – La jurisprudence « Danthony » appliquée à la participation du citoyen

520. Dans le cadre de cette jurisprudence, le juge censure, au titre de la privation d'une garantie, la méconnaissance pure et simple d'une procédure participative obligatoire. On retrouve ici le critère traditionnel de l'omission d'une procédure comme conduisant nécessairement à l'annulation de l'acte²⁶⁷². En dehors du strict cadre de la participation citoyenne, cette situation s'impose en l'absence de consultation d'un comité technique paritaire²⁶⁷³ ou d'une commission paritaire locale²⁶⁷⁴ concrétisant l'exigence de participation des agents publics en application du principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. S'agissant des instruments de la participation du citoyen, le juge administratif a

²⁶⁷⁰ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, op. cit., p. 763.

²⁶⁷¹ *Ibid*, p. 890.

²⁶⁷² R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, op. cit., p. 240.

²⁶⁷³ CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Danthony, op. cit.

²⁶⁷⁴ CE, 17 mars 2017, n° 392467, Chambre de commerce et d'industrie de région Paris- Île-de-France, *AJDA*, 2017, p.1090.

notamment pu censurer l'absence de mise en œuvre de l'ancienne procédure de mise à disposition du public organisée sur le fondement de l'article L. 121-1-1 du code de l'environnement²⁶⁷⁵. Il a pareillement pu juger que l'absence de renouvellement d'une procédure d'enquête publique à la suite d'une évolution du projet affectant son économie générale, a privé le public de la possibilité de ses observations sur ces changements²⁶⁷⁶. Il a va logiquement ainsi de l'ensemble des procédures de participation du public requises en application des textes. Toutefois, en application de la « théorie des formalités équivalentes », le Conseil d'État a pu valider la succession d'un débat public, d'une consultation des municipalités concernées puis d'une enquête publique en remplacement d'une procédure de concertation régie par le code de l'urbanisme. Plus précisément, il a jugé de cette succession de procédures constituait la procédure de concertation²⁶⁷⁷. « *Qui peut le plus, peut le moins* »²⁶⁷⁸. Entre dans cet esprit la disposition de l'article L. 123-2 du code de l'environnement, introduite par la loi ENE du 12 juillet 2010, selon laquelle « *IV. - La décision prise au terme d'une enquête publique organisée dans les conditions [du code de l'environnement] n'est pas illégale du seul fait qu'elle aurait dû l'être dans les conditions définies par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique* ». Cette disposition est destinée à mettre fin à une jurisprudence concluant à l'illégalité d'enquêtes conduites par un commissaire enquêteur désigné par le président du tribunal administratif au lieu de l'être par le préfet²⁶⁷⁹.

521. Plus subtile est la jurisprudence relative à la sanction des irrégularités procédurales affectant les modalités de la participation, c'est-à-dire son organisation et son déroulement. Le juge est invité à se prononcer sur la question de savoir si les irrégularités affectant le droit à l'information préalable, à l'expression ou à la prise en compte du point de vue ou au délai raisonnable peuvent ou non entraîner l'illégalité de l'acte. La jurisprudence foisonne particulièrement dans le cadre des procédures d'enquête publique et de concertation régie par le code de l'urbanisme. Chacun des droits reconnus au citoyen sont considérés par le juge

²⁶⁷⁵ CAA Lyon, 13 novembre 2014, n° 13LY01881, M. D., cons. n° 18 ; CAA Douai, 29 janv. 2015, n° 14DA00883, Commune de Vendeuil, cons. n° 3 ; CAA Lyon, 13 novembre 2014, n° 13LY01881, M. D., cons. n° 18.

²⁶⁷⁶ CAA Bordeaux, 11 juillet 2013, n° 11BX03249, Association Qualité de vie sanilhacoise, cons. 15.

²⁶⁷⁷ CE, 16 avril 2010, n° 320667, Association Alcaly et autres.

²⁶⁷⁸ Y. JÉGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *op. cit.*, p. 1812.

²⁶⁷⁹ CE 8 mars 1991, n° 104973, Ville de Maisons-Laffitte, *AJDA*, 1991, p. 572, note G. TEBOUL.

comme des garanties au sens de cette jurisprudence²⁶⁸⁰. La mise en œuvre de cette jurisprudence par les juges du fond n'est pas toujours emprunte d'une grande rigueur terminologique. Régulièrement, les juges du fond n'opèrent pas de distinction entre les irrégularités qui privent l'intéressé d'une garantie et celles qui sont susceptibles d'exercer une influence sur le sens de la décision ou sur les résultats du processus participatif. L'expression employée dans son ensemble fait alors figure de notion fonctionnelle. Elle vise simplement à mettre en œuvre la philosophie générale selon laquelle les irrégularités sans conséquence ne doivent pas être sanctionnées.

Dans certains cas, le juge procède à un contrôle *in abstracto* en censurant la simple méconnaissance d'un élément du régime juridique de la participation. Ainsi en va-t-il de l'absence ou de l'insuffisance de la délibération fixant les objectifs d'une concertation²⁶⁸¹, du non-respect des modalités de la concertation fixées par la décision initiale²⁶⁸², du défaut d'un bilan de la concertation²⁶⁸³ et du défaut de motivation ou la motivation très succincte de l'avis du commissaire enquêteur²⁶⁸⁴. Toutefois, le Conseil d'État pu juger, à propos de la procédure de participation du public aujourd'hui régie par l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, que « *le défaut de publication de la synthèse des observations du public dont se prévaut la requérante est, en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de l'arrêté attaqué* »²⁶⁸⁵. Il s'agit là d'une véritable entorse au régime juridique de la participation. À défaut d'affecter la légalité de la décision, il serait *a minima* utile que l'absence de publication de la synthèse soit une condition de son opposabilité. De façon générale, le juge n'exerce pas de contrôle sur la qualité de la synthèse des observations.

Pour savoir si l'irrégularité procédurale a effectivement privé l'intéressé d'une garantie ou si elle a exercé une influence, le juge administratif exerce le plus souvent un contrôle *in concreto* comme auparavant dans le cadre de la jurisprudence des « formalités substantielles ».

²⁶⁸⁰ Pour le droit à l'information, voir notamment CAA Nancy, 19 déc. 2013, n° 13NC00212, Commune de Dannelbourg ; CE, 23 oct. 2015, n° 375814, Cne de Maisons-Laffitte, cons. n° 8 ; *JCP A*, n° 28, 2016, étude n° 2212, étude C. LHERMINIER et M. BUNEL. Sur le droit à l'expression du point de vue, voir notamment CAA Bordeaux, 11 juillet 2013, n° 11BX03249, Association Qualité de vie sanilhacoise, cons. 15.

²⁶⁸¹ CAA Marseille, 26 avr. 2016, Cne de Mirabeau, req. n° 14MA01433, cons. n° 6.

²⁶⁸² CAA Marseille, 20 mars 2014, Cne de Puget-Thénières, req. n° 13MA00061, cons. n° 14 (à propos du défaut de mise à disposition du public d'un registre lui permettant de déposer ses observations). Fait toutefois exception une jurisprudence à propos de l'absence de communication sur les différentes étapes d'élaboration du projet. CAA Douai, 19 mai 2016, n° 15DA00821, Mme. I. et a., cons. n° 10.

²⁶⁸³ CAA Nantes, 22 déc. 2015, n° 14NT00024, Commune de Changé, cons. n° 8.

²⁶⁸⁴ Par exemple CE 9 avril 2014, n° 12DA01458, SNC MSE le Moulin de Séhen ; CAA Paris, 13 juin 2013, Cne de Pommeuse, 12PA05113, 12PA05114, 12PA05132.

²⁶⁸⁵ CE, 28 novembre 2014, n° 369668, Association pour la protection des animaux sauvages.

Par-delà la casuistique qui découle de cette appréciation très concrète, le juge retient un critère finaliste qui s'articule en trois branches.

D'abord, « *cette analyse de caractère "finaliste" (...) conduit le juge à minimiser la portée des simples irrégularités "de présentation" de ces données dès lors qu'il lui apparaît que globalement l'objectif visé est atteint* »²⁶⁸⁶. Vis-à-vis d'une irrégularité affectant le contenu des documents devant être adressés au citoyen, le juge cherche avant tout à savoir si elle n'a pas eu « *pour effet de nuire à l'information complète* »²⁶⁸⁷ du citoyen. Est entachée d'irrégularité l'étude d'impact qui conduit à sous-estimer l'importance des conséquences du projet sur l'environnement et la commodité du voisinage²⁶⁸⁸. Inversement, le juge a par exemple validé une procédure d'enquête publique préalable à une déclaration publique dans laquelle certaines dépenses relatives aux mesures compensatoires ne figuraient pas dans l'« appréciation sommaire des dépenses », puisque le dossier soumis à enquête les faisait apparaître de manière précise et détaillée au sein de l'étude d'impact comme l'exige le code de l'environnement ; le dossier soumis à l'enquête permettait ainsi de connaître le coût total du projet²⁶⁸⁹. S'agissant du droit de disposer de l'information durant toute la durée de la participation, le juge n'a pas sanctionné le défaut d'inscription d'une note de présentation non technique au dossier dans les lieux d'une enquête publique dans les tout premiers jours, puisqu'elle était disponible sur le site internet dédié²⁶⁹⁰.

Ensuite, en application d'un principe d'équivalence, le juge ne censure pas les irrégularités lorsque l'autorité organisatrice a mis en place un dispositif de nature à les compenser. Le juge a pu estimer que l'absence de publication de l'avis dans un second journal régional ou local peut être compensée par la publication dans un magazine municipal distribué dans la commune accueillant le projet²⁶⁹¹. Pareillement, le défaut d'affichage en mairie d'un

²⁶⁸⁶ . HOSTIOU et J.-F. STRUILLLOU, *Expropriation et préemption: aménagement, urbanisme, environnement*, *op. cit.*, p. 61-62.

²⁶⁸⁷ CE, 14 octobre 2011, n° 323257, Société Ocréal, *Rec.*, tables, p. 734.

²⁶⁸⁸ *Idem.*

²⁶⁸⁹ CE 13 juillet 2007, Association de protection de la rentabilité de l'agriculture et de son environnement par rapport aux projets routiers de la zone de Dieppe Sud, *Rec.*, tables, p. 894 ; AJDA, 2007, p. 1974, concl. contraires, Y. AGUILA ; *RJE*, 2008, p. 99, obs. R. HOSTIOU, *DA*, 2007, II, p. 177, note S. GRATAUD, *Gaz. Pal.*, 17-19 février 2008, p. 20.

²⁶⁹⁰ CE, 23 oct. 2015, n° 375814, Cne de Maisons-Laffitte, cons. n° 8 ; *JCP A*, 2016, n° 28, étude n° 2212, étude C. LHERMINIER et M. BUNE.

²⁶⁹¹ *Idem.*

projet d'arrêté instituant une servitude peut être compensé par des publications dans deux journaux régionaux²⁶⁹².

À défaut d'équivalence, il revient au juge de prendre en compte des résultats de la procédure²⁶⁹³, au terme d'une « *analyse quantitative de la participation* »²⁶⁹⁴. Ainsi, par exemple, compte-tenu des « *nombreuses observations recueillies par le commissaire enquêteur, favorable ou pas (...), la circonstance que l'avis d'enquête administrative établi par le maire n'a pas mentionné que le public pouvait également adresser ses observations sur ledit projet par écrit au commissaire-enquêteur, en méconnaissance de l'arrêté du préfet du Var du 4 août 2011 portant ouverture de ladite enquête qui prévoyait une telle possibilité* »²⁶⁹⁵. De même, l'absence de mention de l'objet d'une révision d'un document d'urbanisme n'a pas affecté la légalité de la procédure compte tenu des 29 observations déposées sur le registre et de la présence de 300 personnes lors d'une réunion publique²⁶⁹⁶. Aussi, une enquête organisée 28 jours au lieu de 30 ne vicie pas la procédure si les personnes intéressées ont pu présenter leurs observations²⁶⁹⁷. Ce faisant, « *le nombre d'observations déposées ou de personnes présentes à une réunion publique est appelé à devenir le critère central du caractère suffisant de l'information et de la participation du public. Nombreuse, la participation conduira à présumer que l'information a été suffisante et compensera en toute hypothèse les insuffisances éventuellement relevées* »²⁶⁹⁸. À cet égard, la participation apparaît comme une garantie de nature collective. Il importe peu au juge que le requérant n'ait pas pu présenter ses observations si, dans l'ensemble, le public s'est effectivement exprimé.

522. L'application de la jurisprudence « Danthony » s'avère globalement équilibrée. Elle fait primer le fond sur la forme. Ce qui compte, pour le juge, c'est que le citoyen puisse effectivement être informé et participer durant la durée du processus. Cependant, si le droit au recours garantit l'exigence d'effectivité de la participation, il tempère sérieusement l'exigence

²⁶⁹² CAA Marseille, 29 déc. 2014, n° 14MA03317, M. E., cons. n° 14.

²⁶⁹³ CE, 27 février 2015, n° 382502 et n° 382557, Ministre de l'Intérieur et Ministre de l'Écologie, *JCP G*, n° 42, 2015, p. 1891, chron. M. HUYGHE ; *Dr. adm.*, 2015, n° 5, pp. 41-42, note A. TCHAMÉNI.

²⁶⁹⁴ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 773.

²⁶⁹⁵ CAA Marseille, 26 juin 2015, n° 14MA01548, Commune de Sanary-sur-Mer, cons. 7.

²⁶⁹⁶ CAA Marseille, 4 mai 2015, n° 13MA02998, M. et Mme B, cons. 8.

²⁶⁹⁷ CAA Nancy, 26 nov. 2009, n° 08NC01363, M. Denis A.

²⁶⁹⁸ Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, p. 773.

de sincérité. En effet, le juge ne contrôle pas véritablement la diffusion d'une synthèse des observations de qualité. À ce titre, la présence du tiers garant chargé de la rédiger s'avère particulièrement utile.

Conclusion du chapitre 2

523. Les garanties organiques que constituent la présence d'un tiers garant et le droit d'accès au juge apparaissent complémentaires pour assurer l'exigence de sincérité. L'un semble en mesure de compenser la carence de l'autre.

Sous réserve de quelques tempéraments, dans le cadre de la procédure contradictoire, des organes collégiaux et des processus référendaires, l'organisateur de la participation est l'administration décisionnaire. Il revient alors au juge de garantir la sincérité du processus participatif, ce qui est facilité par l'octroi quasi-automatique (sous réserve de l'hypothèse d'une consultation facultative) de l'intérêt à agir.

L'exemple anglo-saxon démontre que la présence du tiers garant est de nature à compenser les hypothèses où le droit au recours est rendu plus difficile. En droit français, cette situation caractérise les procédures de participation du public. En effet, l'intérêt à agir n'est accordé qu'aux personnes dont les intérêts sont lésés, ce qui fait l'objet d'une appréciation plus rigoureuse vis-à-vis du particulier que vis-à-vis des associations. Lorsqu'elles disposent de l'agrément, elles bénéficient même d'une présomption d'intérêt à agir tant que la portée de la décision entre dans le cadre de leur objet social. Ce faisant, tout le public n'est pas en mesure de garantir la protection juridictionnelle de la procédure de participation. Le juge et le législateur organisent en outre la limitation de la justiciabilité des actes relatifs à l'organisation et au déroulement de la participation. Dès lors, c'est la présence d'un tiers garant qui permet de garantir organiquement la sincérité du processus, en assurant un rôle dans la définition de l'information préalable et des modalités d'organisation, ainsi que dans la prise en compte des observations émises grâce à la rédaction d'une synthèse. Pour ces raisons, il semblerait utile de ne pas cantonner cette présence du tiers-garant aux procédures environnementales de participation.

Conclusion du Titre II

524. L'étude de l'exigence de sincérité démontre une fois encore le caractère pluriel du régime juridique de la participation du citoyen à la décision administrative. Certes, tous les instruments participatifs ont vocation à être sincères, c'est-à-dire à offrir au citoyen une information de qualité, une faculté de discussion avec l'ensemble des acteurs participants, un délai suffisant et la prise en compte de son point de vue. Or, contrairement aux garanties de l'exigence d'effectivité de la participation qui présentent une structure commune, l'existence même des garanties de l'exigence de sincérité varie selon des paramètres à géométrie variable.

Les garanties du droit à la prise en compte du point de vue n'ont vocation à être mises en œuvre que lorsque le citoyen est invité à présenter des observations construites, et non lorsque sa participation se résume à un simple vote. C'est la raison pour laquelle les exigences de production d'une synthèse, de motivation et d'une réponse se retrouvent, plus ou moins intensément, dans le cadre des organes collégiaux à caractère consultatif, des procédures contradictoires et des procédures de participation du public.

Le droit au recours pour s'assurer du respect du régime juridique de la participation varie nécessairement selon l'intérêt à agir du participant. Celui-ci est reconnu dans le cadre des instruments participatifs accordant un droit de participer à un nombre limité de participants. Cette situation caractérise les membres des organes collégiaux à caractère décisionnel, les membres des organes collégiaux à caractère consultatif lorsqu'ils interviennent à titre obligatoire, les personnes intéressées destinataires d'une décision individuelle défavorable et les électeurs souhaitant contester le scrutin référendaire. Inversement l'intérêt à agir de toute personne n'est pas reconnu pour contester l'organisation et le déroulement d'une procédure de participation du public. Le citoyen doit le démontrer.

Cette faiblesse du droit à la participation du public ne peut être compensée que par la présence d'un tiers garant, invité à garantir le caractère sincère de l'organisation et du déroulement de la participation. Cette garantie organique apparaît moins indispensable pour les processus référendaires et pour les procédures contradictoires, même si elle trouve ponctuellement à s'appliquer. Il en va de même dans le cadre de la collégialité, lorsque la présence d'un rapporteur et d'un secrétaire extérieur est ponctuellement organisée.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

525. Après avoir analysé les modalités d'application de la participation du citoyen à la décision administrative, cette notion apparaît indubitablement marquée tant par son unité, du fait l'existence d'exigences présentant un degré de transversalité suffisant, que par son absence d'uniformité, puisque ces exigences sont présentes selon des schémas à géométrie variable.

Lorsque le citoyen est invité à participer, il bénéficie *a minima* d'un droit à l'information sur le projet et sur les modalités d'organisation du processus, d'un droit d'exprimer son point de vue et d'un cadre temporel lui permettant d'exercer ces droits durant une durée suffisante. Pour autant, la mise en œuvre de ces garanties minimales, permettant d'assurer l'effectivité de la procédure participative, varie selon des schémas multiples. Ainsi, le contenu de l'information relative au projet évolue selon que le citoyen est invité à participer lors d'une procédure contradictoire, lors d'une procédure de concertation, lors d'une procédure de consultation ou lorsqu'il est invité à participer à l'exercice même de la compétence. Parallèlement, l'accès à l'information sur les modalités d'organisation du processus varie selon un autre schéma prenant en compte le fait que le droit de participer soit attribué des personnes sont nommément identifiés ou au public dans son ensemble. Une autre distinction doit être faite s'agissant des modalités d'expression du point de vue qui, schématiquement, ont vocation à être diversifiées lorsque le citoyen est invité à présenter des observations, alors qu'elles peuvent tout à fait être uniformes lorsqu'il est invité à exprimer un avis ou un vote décisionnel. La durée du délai utile permettant l'exercice de ces droits varie selon le caractère restreint ou ouvert du processus.

Si cette multiplicité de paramètres s'impose pour ces garanties communes, elle se manifeste également au regard des garanties complémentaires intervenant ponctuellement pour assurer la sincérité de la participation. Le droit à la prise en compte du point de vue est essentiellement mis en œuvre lorsque des observations sont produites. La présence d'un tiers garant se caractérise surtout au sein des procédures de participation du public. De son côté, le droit au recours reste lié à l'intérêt à agir des participants et à la justiciabilité des actes relatifs à l'organisation et au déroulement du processus participatif.

Il ne s'agit là que des principales distinctions opérées en droit positif et dont il n'est pas véritablement possible de se passer. Nous avons pu constater au fil de nos développements successifs que ce régime juridique est marqué par de nombreuses autres distinctions au sein

même de chaque modèle participatif. Si certaines présentent un caractère structurel, d'autres mériteraient d'être revues afin de simplifier autant que possible leur lecture. Il en va spécialement ainsi au sein des différentes procédures de participation du public aux décisions ayant des incidences sur l'environnement. Comme l'indique F. Jamay, « *les apports de la réforme restent mineurs et on regrette qu'aucun des dispositifs prévus ne permettent réellement de réaliser l'objectif de simplification. Au contraire, ils contribuent à rendre l'exercice de la participation du public encore plus complexe, au point que l'on se demande s'il s'agit là de maladresse ou de volonté consciente de rendre difficile, voire impossible la participation du public aux décisions susceptibles d'affecter l'environnement. On ne peut en effet raisonnablement espérer améliorer l'information et la participation du public par la superposition de dispositifs complexes répondant à des modalités différentes* »²⁶⁹⁹.

²⁶⁹⁹ F. JAMAY, « Principe de participation - Requiem pour la simplification des procédures d'information et de participation », *op. cit.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

526. Il résulte de l'étude de la participation du citoyen à la décision administrative un sentiment confus. Cette notion, qui se diffuse en droit essentiellement depuis le milieu du XX^e siècle, ne ressort pas sans dommage d'une analyse poussée, au point que l'on pourrait même penser que pour la préserver, il ne faudrait pas entrer dans le détail de sa substance. En effet, la pluralité intrinsèque de la participation du citoyen à la décision administrative autorise certes à fédérer les différents modèles participatifs au sein d'une notion juridique cohérente, mais il ne pourra jamais constituer un principe juridique unique articulé autour de quelques règles juridiques bien identifiées. Comme l'indique I. Thomas, « *le développement des instruments de mise en œuvre de la participation ne repose sur aucun principe de portée générale, ils comblent alors un vide juridique en la matière (...). La recherche de la valeur d'un principe est symptomatique de toute étude juridique. De cette valeur dépendra la normativité du principe. Reconnaître une valeur juridique de droit positif à la participation, consisterait à l'appliquer à l'ensemble des services publics et le rendre opposable devant toute juridiction administrative* »²⁷⁰⁰. Or, nous avons pu démontrer que cette hypothèse n'est pas réalisable tant les modalités de sa mise en œuvre peuvent varier. Faire participer par principe le citoyen à l'élaboration de la décision administrative, et donc au fonctionnement des services publics, impliquerait de déterminer qui en est le titulaire et quelles en sont les modalités exactes d'application, ce qui est tout bonnement impossible. Si la notion de participation du citoyen à la décision administrative n'est pas un principe juridique, elle en regroupe au contraire plusieurs, elle n'est pas non plus une simple compilation de règles disparates compte tenu de sa cohérence d'ensemble. Nous avons pu constater que différents éléments de transversalité caractérisent, par-delà leur diversité intrinsèque, l'ensemble des modèles participatifs, qu'il s'agisse d'apprécier les différents degrés d'ouverture du processus décisionnel au citoyen, les différentes finalités poursuivies par cette ouverture et les modalités d'organisation de cette participation. Il en ressort que l'étude juridique des modèles participatifs peut tout aussi bien se cantonner à une analyse segmentée que s'opérer de façon transversale. La participation du citoyen à la décision administrative est bien un concept saisi par le droit et qui est indubitablement marqué tant par son unité que par sa pluralité.

²⁷⁰⁰ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, p. 330.

Pour représenter la participation du citoyen à la décision administrative, la métaphore de l'arbre peut être utilisée. La participation du citoyen puise ses racines dans quatre fonctions essentielles. Elle permet certes au citoyen d'être associé démocratiquement à la définition de l'intérêt général, mais elle lui offre aussi une faculté de défendre ses intérêts particuliers. Parallèlement, la participation du citoyen permet tout autant d'améliorer que de légitimer la décision administrative. La participation du citoyen reste néanmoins caractérisée par un tronc commun. L'unité de la notion se dévoile en effet dans son régime juridique articulé autour de garanties communes assurant l'effectivité de la participation, à savoir le droit à l'information préalable, le droit d'expression un point de vue et le droit à un délai suffisant. Moins systématiquement, le régime juridique de la participation s'ouvre à des garanties complémentaires en vue d'assurer sa sincérité. Ainsi en va-t-il du droit à la prise en compte du point de vue, de la présence d'un tiers garant ainsi que du droit au recours. L'ensemble de ces garanties fait l'objet d'une application diversifiée au sein de chacune des branches de la participation qui se sont progressivement développées, d'abord dans le cadre des modèles de participation fermée (procédures contradictoires, représentation des intérêts) puis dans celui des modèles de participation ouverte (processus référendaires, procédures de participation du public). Dans ces différents instruments, le régime juridique de la participation se ramifie selon des paramètres à géométrie variable. C'est ainsi que la mise en œuvre des droits à l'information préalable, à l'expression du point de vue, au délai utile, à la prise en compte du point de vue, au recours et la présence d'un tiers garant prend des formes plurielles. L'intérêt de la participation du citoyen, comme matière première permettant la construction de projets concrets, justifie que sa pratique fleurisse en droit et en fait. Cette autonomie de la notion n'empêche cependant pas que d'autres concepts puissent se greffer à l'analyse, comme la démocratie semi-directe, la démocratie participative, la démocratie administrative, l'administration délibérative, la contradiction ou encore la procédure administrative non contentieuse.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux
2. Ouvrages spéciaux
3. Thèses
4. Rapports
5. Articles publiés dans des ouvrages collectifs
6. Articles publiés dans des revues
7. Commentaires de jurisprudence
8. Conclusions de rapporteurs publics

1) Ouvrages généraux

- J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET et R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchétien, 11^e édition, 2017.
- J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome II, LGDJ, 3^e édition, 1984.
- G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKLÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 32^e édition, 2018.
- M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 9^e édition, 2015.
- S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, Thémis Droit, PUF, 1^{ère} édition, 2015.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Volume 1, Montchrestien, 2001.
- J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2^e édition, 2007.
- J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 7^e édition, 2014.
- Ch. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif général*, Economica, 11^e édition, 2014.
- P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.
- J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18^e édition, 2015.
- B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 4^e édition, 2016.
- P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 11^e édition, 2017.
- O. GOHIN, M. DEGOFFE, A. MAITROT DE LA MOTTE, Ch-A. DUBREUIL, *Droit des collectivités territoriales*, Editions Cujas, 2^e édition, 2015.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^e édition, 1933.
- H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 7^e édition, 2015.
- J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015.
- G. KALFLECHE, *Droit de l'urbanisme*, PUF, 2^e édition, 2018.

- A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, 5^e édition, Dalloz, 1986.
- G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, 9^e édition, 2017.
- D. LINOTTE et R. ROMI, *Droit public économique*, LexisNexis, 7^e édition, 2012.
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21^e édition, 2017.
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004.
- B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 466.
- M. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, 2^e édition, 1997
- S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ-Lextenso, 5^e édition, 2016.
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e édition, 2016.
- G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^e édition, 2017.
- B. SEBASTIEN, *Droit public économique*, LexisNexis, 2^e édition, 2013.
- B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, collection HyperCours, 4^e édition, 2017
- P. SOLER-COUTEAUX et É. CARPENTIER, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 6^e édition, 2015.
- D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 4^e édition, 2011.
- J.-P. VALETTE, *Droit public économique*, Hachette supérieur, 4^e édition, 2016.
- M. VERPEAUX, L. LANICOT, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 3^e édition, 2015.

2) Ouvrages spécialisés

- ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés*. Actes du 4^e colloque organisé les 10 et 11 juin 2010, LexisNexis, 2011.
- J.-F. BAUDURET, M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale*, Dunod, 2^e édition, 2005.
- A. BIOSSE DUPLAN, *Démocratie sanitaire : les usagers dans le système de santé*, Dunod, 2017.
- F. BLOCH-LAÎNÉ, *À la recherche d'une économie concertée*, Editions de l'Épargne, 3^e édition, 1964.
- L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Le Seuil, 2008.
- G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, (étude comparative)*, Editions Cujas, 1973.
- A.-R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, Etudes de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Economica, 1992.
- R. CAPITANT, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, coll. Études politiques n° 266, 1970, p. 31.

- CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES POLITIQUES ET SOCIALES (CRAPS) ET CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *La démocratie locale : représentation, participation et espace public (21 contributions)*, PUF, 1999.
- J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, 5^e édition, 2013.
- J. CHEVALLIER, *L'État*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2e édition, 2011.
- J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2^e édition, 2004.
- L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'Etat*, PUF, Quadrige, 1992.
- M. CREPON et B. STIEGLER, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, Milles et une Nuits, Essai, 2007.
- F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Travaux des XII^{èmes} journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- Ch. FORTIER (dir.), *Université, Universités*, Dalloz, collections Thèmes et commentaires, 2010.
- M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006.
- F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, LGDJ-Lextenso éditions, 2^e édition, 2012.
- J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.) *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986.
- R. HOSTIOU et J.-F. STRUILLLOU, *Expropriation et préemption: aménagement, urbanisme, environnement*, Litec, 2011.
- R. JANVIER, Y. MATHO, *Comprendre la participation des usagers*, Dunod, 2011.
- R. JANVIER et Y. MATHO, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'actions sociales*, Dunod, 2004.
- H. KRIESI, *Le système politique suisse*, Economica, 1995.
- M. LECERF, *Droit des consommateurs et obligations des services publics*, Editions d'organisation, 1999.
- J. LETOWSKI, F. HAMON, E. SPILIOTOPOULOS, *Les entreprises publiques et l'usager*, Institut international des sciences administratives, Bruxelles 1986.
- V. LE COQ, *Pratique des enquêtes publiques. Les instruments juridiques de la participation des administrés à la décision publique*, Nouvelles éditions fiduciaires, 1995.
- J. M. LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 5^e édition, Presses de l'école des hautes études en santé publique, 2015.
- Y. LUCHAIRE et F. LUCHAIRE, *Décentralisation et constitution. Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Economica, 2003.
- D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000.
- J. MEYNAUD, *Les consommateurs et le pouvoir*, Lausanne, 1964.
- P. MORDELLET, *Gouvernance de l'hôpital et crise des systèmes de santé*, Editions de l'EHESP, 2006.
- E. NAIM-GESBERT, *L'expertise scientifique du droit de l'environnement*, Bruylant, 1998.

- F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.
- O. SACHS, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, Economica, 1984.
- J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e édition, 2009.
- G. SORMAN, *La France a-t-elle encore besoin d'élus ?* Actes du colloque 14 et 15 octobre 2004 au Palais du Luxembourg, Institut François Mitterrand, 2005.
- M. STASSINOPOULOS, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, LGDJ, 1976.
- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977.
- S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, 2001, p. 142.
- G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, collection « droit public », 1991, p. 136.

3) Thèses

- Ch. BATARDY, *Le programme commun de gouvernement : pour une histoire programmatique du politique (1972-1977)*, Thèse, Université de Nantes, 2016.
- R.-C. BENNER, *De l'intervention directe des électeurs dans la gestion des affaires municipales : le référendum communal. Etude de législation comparée*, Thèse, Université de Toulouse, 1897.
- J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Université de Limoges, 2012.
- A. BLANC, *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal*, Thèse, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1904.
- J.-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Thèse, Paris, LGDJ, tome LXXIV, 1967.
- G. DAUPHIN, *L'Administration Consultative Centrale*, Thèse, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1932.
- B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993.
- G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962.
- B. GÉNY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Thèse, Université de Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- R. HOSTIOU, *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, tome CXIX, 1974.
- G. HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- P. IDOUX, *La contradiction en droit administratif français*, Thèse, Université de Montpellier 1, 2005.

- G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Thèse, Paris, LGDJ, 1968.
- P. MOZOL, *La participation du public à la vie municipale*, Thèse de droit, Université d'Aix-Marseille, 2002.
- M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum : analyse de la démocratie à travers la genèse institutionnelle du référendum*, Thèse, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1997.
- Ch. PREMAT, *La pratique du référendum local en France et en Allemagne : le moment référendaire dans la temporalité démocratique*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008.
- G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'action juridique collectif*, thèse, LGDJ, 1961.
- Ch. TESTARD, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse, Université Jean Moulin, Lyon, 2016.
- M. ZAGHLOUL, *La Participation des administrés à l'acte administratif unilatéral*, Thèse, ANRT, Lille 3, 1986.

4) **Rapports**

- M.-H. BACQUÉ, M. MECHIMACHE, *Citoyenneté et pouvoir d'agir dans les quartiers populaires. Pour une réforme radicale de la politique de la ville*. Rapport au ministre délégué chargé de la Ville, juillet 2013.
- E. CANIARD, *La place des usagers dans le système de santé*, Rapport et propositions du groupe de travail animé par E. CANIARD, La documentation française, 2000.
- D.-J. CHERTIER, *Pour une modernisation du dialogue social*. Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.
- COMMISSION SUPERIEURE DE CODIFICATION, *Rapport annuel 2015*, vingt-sixième rapport annuel, Les éditions des journaux officiels, 2015.
- COMMISSION NATIONALE DU DÉBAT PUBLIC, *CNDP 2002-2012. La pratique du débat public. Evolution et moyens de la commission nationale*, Décembre 2012.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, La documentation française, 2011.
- CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 25 novembre 1999, La Documentation Française, 1999.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation Française, 1995.
- A.-M. CERETTI, L. ALBERTINI, *Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Rapport remis au Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé le 24 février 2011.
- COLLECTIF INTERASSOCIATIF SUR LA SANTE, *Rapport annuel sur les droits des malades*, 2014.
- COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, *Rapport annuel 2015*, Les éditions des journaux officiels, 2015.
- B. DEROSIER, *Rapport fait au nom de la commissaire des lois, n° 3113*, Assemblée nationale, 6 juin 2001.

- DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *La charte des services publics*, La Documentation française, 1992.
- A. GEST, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 956, Assemblée nationale, 18 juin 2003.
- D. HOEFFEL, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 315, Sénat, 23 mai 2003.
- N. KOSCIUSKO-MORIZET, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 1595, Assemblée nationale, 12 mai 2004.
- J.-R. LECERF, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 143, Sénat, 17 décembre 2008.
- INSPECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION, *Rapport sur la préparation de la mise en œuvre du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers*, mai 1984.
- J. PICQ, *L'Etat en France : servir une nation ouverte sur le monde*, mai 1994, La Documentation française, Paris, 1994.
- Ch. PIERRET, rapport au nom de la commission spéciale, n° 1888, Assemblée nationale, 8 avril 1991.
- A. RICHARD, *Démocratie environnementale : débattre et décider*, Rapport de la commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental, Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, 2015.
- L. ROSSIGNOL, rapport fait au nom de la commission du développement durable, n° 98, Sénat, 31 octobre 2012.
- J.-P. SCHOSTECK, Rapport fait au nom de la commission des lois, n° 31, Sénat, 22 octobre 2003, p. 375.
- SÉNAT, *Le référendum communal*, Les documents de travail du Sénat, 2002.
- J.-L. WARSMANN, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La Documentation française, 2009.

5) Articles publiés dans des ouvrages collectifs

- V. AUBEILLE, « Les sens de la démocratie locale », in CRAPS et CURAPP, *La démocratie locale : représentation, participation et espace public (21 contributions)*, PUF, 1999, p. 271-301.
- F.-X. AUBRY, « L'avenir du référendum local », in G. CONAC et D. MAUS (dir.), *Le référendum, quel avenir ?* Journée d'études, 23 avril 1989 organisée par le Centre de recherche de droit constitutionnel, Éditions STH, collection « Les grands colloques », Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1990, p. 131-143.
- J.-M. AUBY, « La "justice naturelle" et le problème de la procédure administrative non contentieuse dans le système juridique anglo-saxon », in *Science et action administratives, Mélanges Georges Langrod*, Les éditions d'organisation, Paris, 1980, p. 375 et s.
- G.-A. BEAUDOIN, « Référendum au Canada et consultation locale », in G. GUIHEUX (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant, 2006, p. 181-193.
- H. BLANC, « La concertation en amont, une exigence contemporaine de la démocratie », in S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2001, p. 49.
- C. BLATRIX, « La pratique politique de l'enquête publique », in L. BLONDIAUX, G. MARCOU, F. RANGEON (dir.), *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, Puf, 1999, p. 161.

- C. BLATRIX, « Le référendum local, une procédure de démocratie participative ? Bilan et perspectives », in D. GAXIE, *Luttes d'institutions, enjeux et contradictions de l'administration territoriale*, L'Harmattan, 1997, p. 265-269.
- R. BOURNY, « Le nouveau commissaire enquêteur », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 29-39.
- J.-F. BRISSON, « Démocratie sanitaire, mythe ou réalité ? », in C. CASTAING (dir.), *Démocratie sanitaire : mythe ou réalité ? Actes de la journée d'étude organisée le 16 avril 2013 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'Etat de l'université de Bordeaux*, Les Études Hospitalières, 2014, p. 14.
- G. BURDEAU, « Processus décisionnel et décision politique (Plaidoyer pour l'irrationnel) », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 78-92.
- J. CAILLOSSE, « Eléments pour un bilan juridique de la démocratie locale en France », in CRAPS et CURAPP, *La démocratie locale : représentation, participation et espace public (21 contributions)*, PUF, 1999, p. 71-78
- J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 115-151.
- C. CERDA-GUZMAN, « L'étudiant, un usager particulier du service public administratif », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Espace du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, T. II, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 913.
- P. CHAMOREL, « L'expérience américaine du référendum », in G. CONAC et D. MAUS (dir.), *Le référendum, quel avenir ?* Journée d'études, 23 avril 1989 organisée par le Centre de recherche de droit constitutionnel, Éditions STH, collection « Les grands colloques », Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1990, p. 69-78.
- E. CHAPERON, « La participation à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral (Essai de typologie) », in G. DUPUIS, *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978, p. 112-118.
- S. CHARBONNEAU, « La participation du public aux enquêtes publiques », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 105-113.
- J. CHEVALLIER, « Consultations ouvertes et participation du public », in AFDA, *Les procédures administratives*, Dalloz, 2015, p. 191.
- J. CHEVALLIER, « Délibération et participation », in CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, La documentation française, 2011, p. 198.
- J. CHEVALLIER, « La démocratie délibérative : mythe et réalité », in *Mélanges en l'honneur de Lucien Sfez*, PUF, 2006, p. 75.
- J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », in *La communication administration-administrés*, PUF, 1983, p. 13-60.
- J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978, p. 11-45.
- J.-P. COLSON, « Interventionnisme et participation. Le rôle de l'enquête publique dans les décisions administratives à caractère énergétique de la puissance publique », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, CERAM, 1984, Tome 1, p. 107-118.
- J. DABIN, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, p. 183-218.
- G. DARCY, « Une citoyenneté administrative ? », in CERAP, *Figures de la citoyenneté*, L'Harmattan, 2006, p. 131-139.

- J.-F. DAVID, « Les installations classées pour la protection de l'environnement. Environnement industriel et agricole et information du public, in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 53-63.
- J.-C. DEMAURE, « Les associations et la réforme », J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 153-161.
- J.-Ph. DÉROSIER, « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in A. DELCAMP, A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU, D. ROUSSEAU (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Dalloz, 2010, p. 108.
- G. DUMONT, « La participation des citoyens au service des élus », in *L'autonomie des collectivités territoriales en Europe. Une source potentielle de conflits ?*, Pulim, 2004, p. 321-332.
- G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Édition Cujas, 1975, p. 205.
- Ch. EISENMANN, « L'arrêt Montpeur, légende et réalité », *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956.
- G. ÉVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés », in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Les droits publics subjectifs des administrés. Actes du 4^e colloque organisé les 10 et 11 juin 2010*, LexisNexis, 2011, p. 97-113.
- P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Édition Cujas, 1975, p. 215.
- L. FOUGERE, « La genèse de la réforme de l'enquête publique », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 7-12.
- W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Sirey, 1963, p. 569-614.
- B. JADOT « Intervention sur le droit de l'Union européenne », in CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale, Droits et débats*, La Documentation française, 2012, p. 73.
- F. HAMON, « La participation des usagers à la gestion de l'entreprise », in *Les entreprises publiques et l'usager*, Institut international des sciences administratives, 1986, p. 25.
- M.-C. HENRY-MEININGER, « France », in *Les entreprises publiques et l'usager*, Bruxelles, 1986, Institut international des sciences administratives, p. 91.
- R. HOSTIOU, « Enquête publique et aménagement », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 43-52.
- Y. JÉGOUZO, « L'enquête publique en débat », in *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 273-283
- Y. JÉGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 585
- Y. JÉGOUZO, « Procédures complexes et regroupements d'enquêtes », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 91-102.
- G.-H. KEMPER, « Droit de la défense et "rechtliches Gehör" devant l'administration et les tribunaux administratifs allemands », in *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, étude du Conseil d'État, La documentation française, 1995, p. 592.

- J.-F. LACHAUME, « Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales », in *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 387-398.
- J. F. LACHAUME, « Participation et services publics locaux », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 233-242.
- F. LAFARGE, F. LARAT et M. MANGENOT, « Introduction », in « La démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 7-12.
- P. LE LOUARN, « Réflexions sur la démocratie locale participative, le temps et le droit », in *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 399-408.
- A.-M. LE POURHIET, « L'articulation entre le référendum local et la souveraineté nationale », in G. GUIHEUX (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant, 2006, p. 173 et s.
- A.-M. LE POURHIET, « Le contrôle de l'impartialité des avis », in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978, p. 56-70.
- G. MARCOU, « La démocratie locale en France : aspects juridiques », in CRAPS et CURAPP, *La démocratie locale : représentation, participation et espace public (21 contributions)*, PUF, 1999, p. 21 et s.
- A. MESTRE, « La Démocratie administrative », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561-575.
- T. PEZ, « les organes collégiaux », in AFDA, *Les procédures administratives*, Dalloz, 2015, p. 205-255
- R. ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », 1^{er} colloque du 1 au 6 mars 1968 à Rome, p. 90-106.
- M. PAOLETTI, « La démocratie locale française. Spécificités et alignement », in CRAPS et CURAPP, *La démocratie locale : représentation, participation et espace public (21 contributions)*, PUF, 1999, p. 48.
- F. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, Larcier, CUP, 2014, p. 71 et s.
- J. RIVERO, « Introduction », in F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Travaux des XIIèmes journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 9.
- J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-833.
- J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, vol. II, p. 819.
- S. RUI, « Démocratie participative », in I. CASILLO (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, 2013.
- P. SADRAN, « Démocratie locale et décentralisation », *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 289-296.
- G. SAUTEL, « Droit de pétition, doctrine sociale et perspective révolutionnaire, mai 1791 », in G. SAUTEL, *Études d'histoire du droit et de l'administration, textes rassemblés*, Éd. Panthéon Assas, 2015, p. 510.
- O. SCHRAMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 633.

- J.-F. STRUILLOU, « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme à l'épreuve du droit », *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 489-499.
- Y. TANGUY, « La perception d'un débat public par ses principaux acteurs : le cas du projet aéroportuaire de Notre-Dame-des-Landes », in *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 513-520.
- J. THOMAS, « Le champ d'application de la loi », in J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.) J.-C. HÉLIN, R. HOSTIOU et Y. JÉGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Economica, 1986, p. 13-22.
- D. TRUCHET, « Les instruments juridiques de la démocratie sanitaire », in C. CASTAING (dir.), *Démocratie sanitaire : mythe ou réalité ? Actes de la journée d'étude organisée le 16 avril 2013 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'Etat de l'université de Bordeaux*, Les Études Hospitalières, 2014, p. 22.
- D. TRUCHET, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in IFSA, *Administration : Droits et attentes des citoyens*, La documentation française, 1998, p. 26.
- D. TURPIN, « Démocratie représentative et démocratie participative », in *Constitutions et pouvoirs : mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrétien, 2008, p. 565-580.
- X. VANDENDRIESSCHE, « "Démocratie participative" et légitimité : quelques interrogations », in *Constitutions et pouvoirs : mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrétien, 2008, p. 590.
- M. VERDUSSEN, « Les consultations populaires dans les communes de Belgique », in G. GUIHEUX (dir.), *La mise en œuvre de la décentralisation : étude comparée France, Belgique, Canada*, Bruylant, 2006, p. 195-223.
- M. VERPEAUX, « La consultation locale des populations métropolitaines. Ou le vrai-faux référendum », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 417-436.
- J. VINCENT, « Les étrangers et la démocratie locale », in *Perspectives du droit public. Etudes offertes à Jean-Claude Hélin*, Litec, 2004, p. 523-537.
- X. VOLMERANGE, « Le renouveau de la démocratie locale allemande », in J.-J. RIGAL (dir.), *Démocratie et management local, Ières rencontres internationales*, Dalloz., 2004, p. 565-582.
- M. WALINE, « Le principe "audi alteram partem" », in *Livre jubilaire publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création 27 novembre 1856 – 27 novembre 1956*, Luxembourg Conseil d'État, 1957, p. 495-506.
- C. WIENER, « Introduction », in *Les entreprises publiques et l'usager*, Bruxelles 1986, Institut international des sciences administratives, p. 5.
- Ph. ZAVOLI, « La démocratie administrative aujourd'hui », in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 1155.

6) Articles publiés dans des revues

- G. AÏDAN, « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 141.
- F. D'ARCY et Y. PRATS, « La notion de concertation dans la loi d'orientation foncière et dans son application », *AJDA*, 1969, p. 336-349.

- J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 13-18.
- J.-B. AUBY, « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, n° 4, Avril 2010, repère 4.
- J.-B. AUBY, « Droit administratif et démocratie », *DA*, 2006, n° 2, Etude 3.
- J.-B. AUBY, « La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale », *RFDA*, 1993, p. 37 et s.
- J.-B. AUBY, « La loi du 18 juillet 1985 sur l'aménagement urbain : genèse et lignes directrices », *RFDA*, Mai-Juin 1986, p. 295-303.
- J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA*, 1984, p. 125.
- J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.*, 1956, p. 27-32.
- J.-M. AUBY, « Le régime juridique de l'avis dans la procédure consultative », *AJDA*, 1956, p. 53.
- M. BACACHE, « Le principe de participation : entre droit public et droit privé », *RTD civ.*, 2013, p. 197.
- B. BACHINI et P. TROUILLY, « Les procédures contradictoires dans le code des relations entre le public et l'administration : de la clarté dans la continuité », *RFDA*, 2016, p. 23.
- M. BADEL, « La participation de l'utilisateur », *RDSS*, 2004, p. 804.
- V. BECQUET, « Se saisir du conseil de la vie lycéenne : des principes à l'exercice de la fonction de délégué », *Carrefours de l'éducation*, 2009/2, n° 28, p. 65.
- N. BELLOUBET-FRIER, « Les référendums municipaux », *Pouvoirs*, 1996, p. 163-179.
- L. BENOIT, « Commission nationale du débat public - Modalité d'organisation du débat public », *Environnement*, n° 2, Février 2003, comm. 19.
- G. BERLIA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1940-1941, p. 370-401.
- J. BÉTAILLE, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », *RJE*, n° 2, 2010.
- P. BIJOU, « Le recours à la concertation en urbanisme », *Droit et ville*, 2002, p. 103-135.
- C. BLATRIX, « L'enquête publique : victime du débat public ? », *Pouvoirs locaux*, n° 62, III, 2004, p. 85-93.
- P. BON, « Le référendum dans les droits ibériques », *RFDC*, n° 31, 1997, p. 451-480.
- J.-C. BOUÉELY, « La réforme des enquêtes publiques », *MTPB*, n° 44, 1983, p. 61-62.
- F. BOUYSSOU, « La réforme du Code de l'urbanisme par la loi du 18 juillet 1985 », *JCP N*, Juillet-Décembre 1985, Pratique, p. 569-574.
- J.-F. BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, p. 847.
- C. BROUSSARD, « Professionnaliser les commissaires-enquêteurs », *Etudes foncières*, mars-avril 1993, p. 35-40
- F. BRUNET, « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2016, p. 327.

- B. BUSSON, « L'avenir du débat public en matière d'environnement : progrès de la démocratie ou consécration de la juricratie ? », *Droit de l'environnement*, 2002, p. 305.
- B. BUSSON, « Le principe de participation. Le point de vue des associations : Bilan et insuffisances », *Droit de l'environnement*, 2001, n° 90, p. 135.
- J. CAILLOSSE, « Quelle(s) participation (s) aux affaires communales ? Eléments de réponse du droit français », *Pouvoirs*, n° 95, 2000, p. 117-132
- J. CAILLOSSE, « Enquête publique et protection de l'environnement », *AJDA*, septembre 1986, p. 480-490
- J. CAILLOSSE, « De nouvelles enquêtes d'utilité publique. Une réforme dépassée », *Le Monde*, mars 1976, p. 10.
- J. CAILLOSSE, « L'enquête publique : une consultation dérisoire », *Le Monde*, mars 1975, p. 12.
- E. CARPENTIER, « De Saint-Lunaire à Saint-Bon-Tarentaise : itinéraire d'une jurisprudence en quête d'équilibre », *RFDA*, 2017, p. 790.
- C. CANS, « La concertation, moyen à privilégier pour concilier aménagement et environnement », *Droit de l'environnement*, avril 1998, p. 15-17.
- I. CASSIN, « La concertation en matière d'aménagement : l'introuvable concept », *BJDU*, 1997, p. 2-11.
- S. CAUDAL, « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13.
- T. CELERIER, « Institution de quartiers. Loi du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité », *Collectivités territoriales Intercommunalité*, n° 6, juin, 2002, p. 7-8.
- D. CHABANOL, « Le droit de l'expertise devant le juge administratif. Une rénovation salutaire », *Rép. cont. adm.*, n° 17.
- A. CHAMINADE, « La démocratie de proximité. Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 (suite et fin) », *JCP G*, n° 21, 22 mai 2002, act. 210.
- B. CHAUSSADE et C. LHERMINIER, « A quel moment faut-il tirer le bilan de la concertation ? », *Etudes foncières*, mai-juin 2008, p. 6.
- C. CHAVELET, « Une enquête sur les enquêtes publiques », *Etudes foncières*, mars-avril 1991, p. 30.
- C. CHAVELET, « L'Etat expérimente le débat public », *Diagonal*, février 1997, p. 33-35.
- J.-D. CHETRIT et M. PONS-SERRADEIL, « Convention d'Aarhus et débat public en matière industrielle : l'exemple des déchets », *BDEI*, Juillet 2008, p. 15-18.
- J. CHEVALLIER, « Le débat public à l'épreuve », *AJDA*, 2013, p. 779 et s.
- J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 217-227.
- J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.
- J. CHEVALLIER, Regards sur une évolution, *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 8.
- J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA*, n° 4, 1975, p. 325-350.
- J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Publications de la faculté de Droit d'Amiens*, n° 1, 1971-1972, p. 68-112.

- P.-Y. CHICOT, « La démocratie administrative : essai de conceptualisation », *RA*, 2011, p. 138.
- A. COUDEVYLLE, « Plaidoyer en faveur du référendum communal », *RA*, 1978, p. 495-506.
- J.-P. COLSON, « La réforme des enquêtes publiques en France », *RJE*, 1993, p. 223-230.
- J.-P. COSTA, « Le principe du contradictoire dans l'article 6 § 1 de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 30 s.
- N. COULAUD, « Les consultations préalables pour éviter les contentieux », *MTPB*, janvier 1997, p. 30.
- N. COULAUD, « Concerter sans se disperser », *MTPB*, avril 1998, p. 44.
- D. CRISTOL, « Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 453.
- B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 21-37.
- O. DANIC, « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droits de la défense », *RDP*, n° 3, 2014, p. 3 et s.
- Charles DEBBASCH, « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », *Revue internationale des sciences administratives*, 1973, p. 101.
- C. DEBOUY, « Quelles réformes pour le droit de l'expropriation ? La situation du commissaire enquêteur », *LPA*, n° 87, 20 juillet 1992, p. 23-26.
- C. DEBOUY, « Le commissaire-enquêteur a-t-il changé ? », *Etudes foncières*, mars-avril 1991, p. 28-30.
- B. DELAUNAY, « Les principes en droit de l'urbanisme. Le principe de participation du public », *Construction-Urbanisme*, 2015, n° 11, étude 14
- B. DELAUNAY, « La réforme de la participation du public. La loi n° 2012-1460 du 27 déc. 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'art. 7 de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2013, p. 344.
- B. DELAUNAY, « Le débat public », *AJDA*, 2006, p. 2322 et s.
- B. DELAUNAY, « La réforme de la procédure du débat public entre en vigueur. Décret n° 2002-1275 du 22 octobre 2002 relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public. JO 23 octobre, p. 17545 », *AJDA*, 2002, p. 1447 et s.
- B. DELAUNAY, « De la participation du public à l'élaboration des grands projets (Commentaire du titre IV de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité) (1re partie) », *LPA*, n° 246, 10 décembre 2002, p. 3 et s.
- B. DELAUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *RDP*, 2000, n° 4, p. 1226.
- A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *Etudes foncières*, n° 119, janvier-février, 2006, p. 27.
- A. DELAUNEY, « Y a-t-il un droit de la concertation en urbanisme ? », *Etudes foncières*, n° 118, novembre-décembre, 2005, p. 33.
- M.-F. DELHOSTE, « Démocratie participative : de l'échec de l'organisation étatique à l'avenir du projet citoyen », *RFDA*, 2007, p. 1061.

- P. DELVOLVÉ, « Le référendum local », *RFDA*, 2004, p. 7 et s.
- P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux ; le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers », *RFDA*, 1984, p. 28.
- J.-P. DEMOUVEAUX, « La concertation : un art de l'insuffisance », *Etudes foncières*, mars 1997, p. 31.
- J.-M. DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Cah. Cons. const.*, 2008, n° 23.
- J.-M. DENQUIN, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, 1999, p. 79-93.
- V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1219.
- V. DONIER, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, p. 13.
- V. DRONIOU, « L'utilité publique en question : d'un débat public renouvelé à l'annonce d'une nouvelle réforme », *Droit et ville*, 2002, p. 221-243.
- R. DUFERNEZ, « Le référendum local décidé par les collectivités territoriales », *RLCT*, 2005, p. 46.
- J.-P. DUPRAT, « La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1er août 2003 », *AJDA*, 2003, p. 1862 et s.
- A. DURANCE, « Définition et mise en œuvre de principes d'aménagement », *AJPI*, n° 9, septembre 1985, p. 535-537.
- Ch. EISENMANN, « Contribution au premier congrès international du droit comparé de l'association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 10-17 septembre 1956) », *RIDC.*, Vol. 9 N° 1, janvier-mars 1957, p. 88.
- R. ENCINAS DE MUNGAGORRI, « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, p. 1377.
- R. ENCINAS DE MUNGAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88.
- G. ÉVEILLARD, « La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 85-109.
- G. ÉVEILLARD, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, p. 531 s.
- D. EVERAERT-DUMONT, « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? », *Droit social*, 2005, p. 311.
- A. FARINETTI, « L'utilisation du principe de participation dans le cadre de la QPC : la Charte contre elle-même », *Envir.*, déc. 2014, étude 17.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le référendum communal en Europe : aperçu de droit comparé », *RLCT*, 2005, p. 57-59.
- B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013, p. 709.
- J. FERBOS, « Loi du 12 juillet 1983 sur l'enquête publique », *AJPI*, Octobre 1983, p. 618.
- L. FERMAUD, « Le renouveau du principe de participation en matière environnementale à l'aune de la réforme législative du 27 décembre 2012 », *RFDA*, 2013, p. 603.

- J. FERRANDO, Y. PUIG, « Le mouvement consommateur, hier et aujourd'hui », *Economie & Humanisme*, n° 357, juillet 2001, p. 14.
- C. FERRARI- BREEUR, « Brève présentation du décret relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public », *JCP A*, n° 4, novembre 2002, 1113.
- C. FERRARI-BREEUR, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. La participation du public aux décisions des collectivités », *JCP A*, n° 4, novembre 2002, 1110.
- P. FERRARI, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Édition Cujas, 1975.
- Ch. FERRARI-BREEUR, « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'administration », *RFDA*, 2001, p. 33 et s.
- J.-P. FERRIER, « La participation des administrés aux décisions de l'administration », *RDP*, n° 3, 1974, p. 663-690.
- J.-M. FEVRIER, « Les principes constitutionnels d'information et de participation », *Environnement*, n° 4, avril 2005, comm. 35.
- L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA*, 2015, p. 517.
- J.-L. FOREL, « Quelques remarques sur le "référendum local" », *RA*, mai juin 1992, p. 256.
- J. FORT, Le renouvellement des procédures de participation en droit de l'environnement, *Envir.*, n° 1, Janvier 2013, étude n° 1.
- K. FOUCHER, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA*, 2006, p. 2316 et s.
- L. FOUGERE, « La réforme de l'enquête publique », *EDCE*, n° 35, 1983-1984, p. 93-98.
- J.-P. FRANCOU, « Le référendum local. Heurs et malheurs », *DA*, juillet 2000, chron. 13.
- E. FREMEAUX, « Démocratie locale et opérations d'aménagement : entre information et concertation », *Deffrénois*, 1994, p. 611-614.
- O. GABARDA, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? », *RFDA*, 2012, p. 61.
- P. GALAN, « Le droit de l'aménagement et la politique foncière d'après la loi du 18 juillet 1985 : changement ou continuité ? », *RDI*, 1986, p. 29-49.
- A. GARDERE et M. VERNE, « Bilan de la concertation en matière d'aménagement », *JCP A*, n° 45, 2 novembre 2004, 1703.
- E. GHERARDI, « La commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge dans la loi du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2002, p. 686.
- A. GIVAUDAN, « Prolifération des enquêtes publiques et régression de l'état de droit », *RFDA*, mars 1986, p. 249-252
- P. GONOD et P. FRYDMAN, « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1361
- M. GUILLOT, « La recevabilité des contestations relatives aux référendums d'initiative municipale », *RFDA*, 1996, p. 460 et s.

- E.-P. GUISELIN, « L'étudiant et la démocratie universitaire : contribution pour un statut », *AJDA*, 2012, p. 928.
- E.-P. GUISELIN, « Développement urbain durable et référendum local », *JCP A*, n° 44, 30 octobre 2006, 1254.
- M.D. HAGELSTEEN, « La réforme de la procédure d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique », *CJEG*, n° 305, octobre 1976, p. 38-42.
- P. HASSENTEUFEL, « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS*, 2012, p. 477.
- J. C. HÉLIN, « On ne badine pas avec le principe de participation du public », *AJDA*, 2015, p. 1164.
- J.-C. HÉLIN, « La participation est-elle soluble dans la simplification ? », *AJDA*, 2015, n° 9, p. 833.
- J.-C. HÉLIN, « Le projet d'ordonnance relative au dialogue environnemental. Bien visé, mal tiré ? », *Énergie – Env. – Infrastr.*, 2016, alerte 261.
- J.-C. HÉLIN, « Sur l'encadrement juridique de la concertation. Encore un petit effort ? », *AJDA*, 2012, p. 969.
- J.-C. HÉLIN, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et la réforme des enquêtes publiques », *RJE*, n° spécial, 2010, p. 201-221.
- J.-C. HÉLIN, « La participation du public aux décisions en matière d'urbanisme : une intégration ambiguë ? », *Constr.-urb.*, n° 7-8, 2007, étude n° 16.
- J.-C. HÉLIN, « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme », *AJDA*, 2006, p. 2332 et s.
- J.-C. HÉLIN et R. HOSTIOU, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *AJDA*, 2002, p. 291 et s.
- J.-C. HÉLIN et R. HOSTIOU, « La loi SRU et la participation du public », *Droit de l'environnement*, n° 95, janvier 2002, p. 39 et s.
- J.-C. HÉLIN, « La concertation en matière d'aménagement. Simple obligation procédurale ou changement de culture ? », *Annuaire des collectivités locales*, tome 21, 2001, p. 95-108
- J.-C. HÉLIN, « L'évolution récente du droit des enquêtes publiques », *Revue de droit immobilier*, 1994, p. 179 et s.
- J.-C. HÉLIN, « Commentaire de la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 relative à la protection et la mise en valeur des paysages », *AJDA*, 1993, p. 776 et s.
- J.-C. HÉLIN, « Urbanisme et démocratie », *AJDA*, n° spécial, 1993, p. 184 et s.
- J.-C. HÉLIN, « Les tribunaux administratifs : "garants du nouveau statut des commissaires enquêteurs" », *Etude foncière*, n° 47, juin 1990, p. 4-5.
- C. HO-THANH, « Loi SRU. Incertitudes dans la concertation », *MTPB*, n° 5110, novembre 2001, p. 177-178.
- A. HOMONT, « La réforme des enquêtes publiques préalables à la déclaration d'utilité publique », *JCP*, 1976, I, n° 2806.
- R. HOSTIOU, « L'enquête publique après les textes d'application du Grenelle 2 : quoi de neuf ? », *JCP A*, n° 8, Février 2012, 2066.
- R. HOSTIOU, « La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement : les modifications apportées au droit des enquêtes publiques », *DA*, n° 12, Décembre 2010, étude 25.

- R. HOSTIOU, « La lente mais irrésistible montée en puissance du principe de participation », *Droit de l'environnement*, n° 112, octobre 2003, p. 182 et s.
- R. HOSTIOU, « Le commissaire-enquêteur nouveau est-il enfin arrivé ? Commentaire du décret n° 98-622 du 20 juillet 1998 relatif à l'établissement des listes d'aptitude aux fonctions de commissaire-enquêteur prévues à l'article 2 de la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 modifiée », *RFDA*, 1998, p. 1147 et s.
- R. HOSTIOU, « Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 : Démocratisation des enquêtes publiques et protection de l'environnement », *AJDA*, 1983, p. 606-610.
- H.-G. HUBRECHT, « Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement », *Gazette du palais*, janvier-juin 1986, doctrine, p. 306.
- H.-G. HUBRECHT et G. MELLERAY, « La commune et l'aménagement », commentaire de la loi du 18 juillet 1985, *RFDA*, Mai-Juin 1986, p. 317-331.
- C. HUGLO, « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », *Nouveaux Cah. Cons. const.*, 2014, n° 43, p. 57.
- R. HOSTIOU, « Enquête publique et démocratie », *études foncières*, mars 1993, p. 32-34.
- C. HUGLO et I. CASSIN, « La concertation en matière d'aménagement », *LPA*, n° 33, 18 mars 1994, p. 9 et s.
- P. IDOUX, « Les procédures de règlement des différends », *RFDA*, 2017, p. 674.
- P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, juillet 2005, étude 26.
- F. JAMAY, « Principe de participation - Requiem pour la simplification des procédures d'information et de participation », commentaire du décret de 2017, *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juillet 2017, comm. 42.
- F. JAMAY, « L'ordonnance du 5 août relative à la mise en œuvre du principe de participation du public: l'ambition vaincue par le réalisme », *Environnement*, n° 11, novembre 2013, étude 25.
- F. JAMAY, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : une ambition limitée », *Environnement*, n° 4, avril 2013, étude 11.
- Y. JÉGOUZO, La Charte de l'environnement, dix ans après, *AJDA*, 2015 p. 487.
- Y. JÉGOUZO, « La démocratie participative en question », *AJDA*, 2014, p. 2385.
- Y. JÉGOUZO, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation », *AJDA*, 2010, p. 1812 et s.
- Y. JÉGOUZO, « De la participation du public à la démocratie participative », *AJDA*, 2006, p. 2314.
- Y. JÉGOUZO, « Entrée en vigueur de la réforme de la procédure du débat public (Décret n° 2002-1275 du 22 octobre 2002 relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public, JO du 23 octobre, p. 17544) », *RDI*, 2002, p. 521.
- Y. JÉGOUZO, « Environnement : Une nouvelle définition du principe de participation du public (Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, art. 132) », *RDI*, 2002, p. 191.
- Y. JÉGOUZO, « La loi Démocratie de proximité réorganise la procédure du débat public (Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, art. 134) », *RDI*, 2002, p. 191.
- Y. JÉGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 1996, p. 209 et s.

- Y. JÉGOUZO, « La loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *RDI*, 1995, p. 201 et s.
- Y. JÉGOUZO, « La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République », *RFAP*, n° 61, mars 1992, p. 166-172.
- Y. JÉGOUZO, « la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement », *RFAP*, n° 35, juillet-septembre 1985, p. 119-123.
- Y. JÉGOUZO, « La réforme de l'enquête publique », *D.*, 1983, p. 223-228.
- Y. KERBRAT, « Le projet de pacte mondial pour l'environnement – histoire, contenu et perspectives », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, Août 2017, comm. 48.
- B. KERN, « Incidence de la loi "démocratie de proximité" en matière de concertation et d'enquête publique », *Lamy droit immobilier*, n° 90, avril 2002, p. 1-5.
- A. KPODAR, « Référendum local : en attendant l'adoption de la loi organique », *JCP A*, n° 26, 23 juin 2003, 1606.
- R. KOLTIRINE, « Cinq propositions pour améliorer la procédure », *MTPB*, septembre 1997, p. 62.
- J.-F. LACHAUME, « De l'influence de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République sur les services publics locaux », *RFDA*, 1993, p. 426 et s.
- A. LANZA, « Les nouveaux instruments de l'aménagement urbain », commentaire de la loi du 18 juillet 1985, *AJDA*, 1986, p. 10-18.
- J.-P. LASSALE, « Le référendum aux Etats-Unis », *Pouvoirs*, 1996, p. 149-162.
- A. de LAUBADERE, « Réforme de l'enquête publique », *AJDA*, 1976, p. 363-365.
- A. de LAUBADERE, « Comités d'usagers dans les ministères », *AJDA*, 1975, p. 82.
- A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.*, 2007, p. 1151.
- A. LAUDE, « Les droits collectifs des usagers du système de santé », *LPA*, 2002, n° 122, p. 23.
- M. LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitution ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 39-48.
- M. LE CLAINCHE et C. WIENER, « Du fatalisme au volontarisme », *RFAP*, Janvier-Mars, 1988, p. 89.
- E. LE CORNEC, « La participation du public », *RFDA*, 2006, p. 770.
- E. LE CORNEC, « L'aménagement en attente d'une démocratie de participation », *Etudes foncières*, janvier 2003, p. 36-40.
- P. LE LOUARN, « Le principe de participation », *Droit de l'environnement*, 2001, p. 128 et s.
- M. LE ROUX, « La loi du 16 mars 2015, un second souffle pour les communes nouvelles », *AJDA*, 2015, p. 1266.
- A. LEFAS, « Essai de comparaison entre le concept de "natural justice" en droit administratif anglo-saxon et les "principes généraux du droit" ainsi que les "règles générales de procédures" en droit administratif français », *RIDC*, Vol. 30, n° 3, juillet-septembre 1978, p. 758.
- H. LENA, « La réforme de l'aménagement » commentaire de la loi du 18 juillet 1985, *Urbanisme*, n° 210, 1985, p. 133-137.

- F. LÉNICA, « Champ d'application de la concertation préalable avec le public prévue pour certains projets d'aménagement », *AJDA*, 2009, p. 775.
- M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, 1951, p. 17-31.
- G. LIET-VEAUX, « Concertation », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 420.
- G. LIET-VEAUX, « Du délai dans lequel doit intervenir une décision précédée d'une concertation », *DA*, octobre 2004, prat. 10.
- F. LINDITCH, « Référendum local et démocratie représentative », *LPA*, 24 avril 1992, p. 3-7.
- M. LOMBARD, « Institution de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 350.
- C. MAHOUT, « Des conseils d'établissements aux conseils de la vie sociale », *Gérontologie et société*, n° 106, 2003, p. 235.
- B. MANIN, « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques*, n° 42, 2011, p. 83.
- B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 72.
- P. MBONGO, « Procès équitable et Due Process of Law », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 44, juin 2014.
- E. MELLA, « Loi organique sur le referendum local : une réponse partielle aux interrogations suscitées par la loi sur la décentralisation de la République », *JCP A*, n° 37, 1766.
- F. MELLERAY, « La réforme de l'expertise », *AJDA*, 2014, p. 1364.
- M. MELOUK, « Le principe de participation du public », *BDEI*, 1^{er} décembre 2014, p. 27-32
- L. MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.
- M.-L. MOQUET-ANGER, « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A*, n° 15, 10 avril 2006, 1094.
- M.-L. MOQUET-ANGER, « Le droit des personnes hospitalisées », *RDSS*, 2002, p. 657
- G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *Dalloz*, 1956, chron. XXIII., p. 125.
- J. MORAND-DEVILLER, « La loi du 27 février 2002 et la participation du public. "La participation ne se décrète pas" », *JCP A*, n° 4, 4 novembre 2002, 130.
- J. MORAND-DEVILLER, « Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique », *RFDA*, 1996, p. 218 et s.
- J. MORAND-DEVILLER, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, p. 439 et s.
- J. MORAND-DEVILLER, « La procédure de création de la ZAC », *Droit et ville*, 1993, p. 9-34.
- J. MORAND-DEVILLER, « La concertation : une simple reconnaissance ou une nouvelle obligation ? », *RA*, n° 231, mai-juin 1986, p. 323-332.

- O. MOSER, « La CNDP et le droit du public à l'information », *BDEI*, 2004, p. 32-40.
- P. MOZOL, « Une approche partiellement renouvelée de la démocratie participative locale. À propos des conseils de citoyens », *JCP A*, n° 45, novembre 2014, 2307.
- D. NEDJAR, « Initiative et référendum aux Etats-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire », *RDP*, 1993, p. 1585-1642.
- S. NICINSKY, « L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *RFDA*, 2015, p. 93.
- R. ODENT, « De la décision Tromprier-Gravier à la décision Garysas, réflexion sur une évolution de jurisprudence », *EDCE*, 1962, p. 43-49.
- R. ODENT, « Les droits de la défense devant l'administration active », *EDCE*, 1953, p. 56-59.
- A. ORAISON, « La reconnaissance de la "démocratie participative" par l'article additionnel 72-1 de la Constitution », *RDP*, n° 3, 2004, p. 633-658.
- G. PAISANT, « Institutions de la consommation et organismes de défense des consommateurs », *Jurisclasseur commercial*, Fasc. 1200.
- J.-P. PAPIN, « La réforme des enquêtes publiques », *CJEG*, n° 33, novembre 1983, p. 335-353.
- J.-P. PAPIN, « L'impartialité du commissaire enquêteur », *CJEG*, mai 1983, p. 165-168.
- B. PAUVERT, « Le recours aux comités consultatifs municipaux », *BJCL*, 2012, n° 3, p. 170-171.
- B. PEIGNOT, « Le débat public préalable », *Droit rural*, janvier 2008, étude 3.
- J.-L. PEREAU, « Quelle perspective pour le référendum communal en France après l'adoption de la loi sur l'organisation de l'administration territoriale ? », *LPA*, 21 septembre 1992, p. 9-19.
- H. PERINET-MARQUET, « La réforme des techniques d'aménagement », *Gazette du palais*, janvier 1986, doctrine, p. 317-321.
- B. PERRIN, « Information, consultation, modes de scrutin. Les instruments de la démocratie locale », *RA*, 2003, n° 332, p. 180-186.
- R. PEYLET, « Quelques enseignements d'un débat public », *AJDA*, 2006, p. 2328 et s.
- S. PINON, « L'occasion manquée de la démocratie participative dans le République décentralisée », *LPA*, n° 144, 20 juillet 2004, p. 12-18.
- A. POMADE, « Le paradoxe de la participation associative dans le débat public », *Droit de l'environnement*, 2007, p. 304 et s.
- J.-M. PONTIER, « Les lois organiques de l'été 2003 », *RA*, n° 336, novembre 2003, p. 622-630.
- M. PRIEUR, « Un nouvel instrument de démocratie participative », *AJDA*, 2013, p. 193.
- M. PRIEUR, « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1157 et s.
- M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988, p. 398.
- H. PUGOT, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *RIDC*, Vol. 5 N° 2, avril-juin 1953, p. 262.

- J. PUISOYE, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration », *AJDA*, 1962, p. 76 et s.
- R. RAMBAUD, « Le droit d'interpellation citoyenne », *AJDA*, 2016, p. 22.
- C. RAUX, « Les voies dispersées de la liberté d'expression communale : la démocratie locale entre représentation et participation », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 1, 2007, p. 373.
- C. RAUX, « Les partenaires de l'aménagement urbain », *Etudes foncières*, n° 76, septembre 1997, p. 8-11.
- G. RICOUX, « L'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique », *AJPI*, octobre 1974, p. 795.
- L. ROBERT et P. CHEYSSON, « La loi Macron : accordons nos violons ! », *JCP A*, n° 40, 5 octobre 2015, 2288
- C. ROBERT, « Sécurité juridique des documents d'urbanisme : quelle concertation contre la contestation ? », *BJDU*, 1999, p. 411-418.
- Ch. ROBLIN, « Les avis conformes », *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif, Economica*, 1978, p. 80-96.
- G. ROCHDI, « Le référendum local dans la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire », *LPA*, n° 153, 18 décembre 1996, p. 4-12.
- R. ROLLANT, « Le cas du Grand contournement de Bordeaux. Débat public : faire pour dire ou dire pour faire ? », *Pouvoirs locaux*, N° 62, III, 2004, p. 93-95.
- R. ROMI, « La loi sur la démocratie de proximité, un renouveau du droit de l'environnement ? », *RDP*, n° 3, 2002, p. 867-884.
- R. ROMI, « La Commission nationale du débat public », *Droit de l'environnement*, n° 98, 2002, p. 124 et s.
- R. ROMI, « La "Commission du débat public". Commentaire du décret du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement », *LPA*, n° 77, 26 juin 1996, p. 14.
- R. ROMI, « Les conseils municipaux d'enfants : une situation de non-droit ? », *LPA*, 3 juillet 1991, p. 13.
- M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Dalloz, 1960.
- M. C. RUNAVOT, « La loi du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ou les variations autour du thème de la démocratie », *DA*, n° 5, mai 2013, p. 9.
- M. SABAYROLLES, « La participation du public, après la loi du 27 février 2002. Quelques pas en avant... et en arrière », *Etudes foncières*, n° 97, mai-juin 2002, p. 20-23.
- O. SACHS, « Lois Grenelle et réforme des enquêtes publiques : une simplification réussie ? », *Revue juridique de l'économie publique*, novembre 2012, repère 10.
- P. SADRAN, « Les enjeux de la réforme, Démocratie locale : les carences de l'"Acte II" », *Cahiers français*, janvier-février 2004, p. 75.
- P. SADRAN, « Le référendum local », *Regards sur l'actualité*, décembre 2002, p. 39-36.
- L. SANTONI, « La concertation préalable facultative aux permis de construire ou d'aménager, mode d'emploi », *Construction-Urbanisme*, n° 2, 2016, comm. 17, p. 23.
- B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux États-Unis », *RIDC*, Vol. 3 N° 2, avril-juin 1951, p. 251-261.

- B. SEILLER, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDPA*, 2004, p. 481.
- P. SOLER-COUTEAUX, « Le droit de l'urbanisme après la loi SRU : ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre », *RDI*, 2001, p. 285 et s.
- S. DE SOTO, « Excès de pouvoir et responsabilité de la puissance publique », *RDPA*, 1953, p. 1068.
- H. SPANNER, « De la procédure administrative non contentieuse », *RISA*, vol. 2, 1959, p. 170.
- J.-F. STRUILLOU, « La concertation facultative sur les autorisations d'urbanisme après le décret d'application », commentaire du décret 28 décembre 2015, *JCP A*, n° 26, 4 juillet 2016, 2190.
- J.-F. STRUILLOU, « Commission nationale du débat public - Le droit à la participation », *Etudes foncières*, août 2003, p. 13-19.
- P. SUBRA, « Quel bilan tirer de huit années de débats publics ? », *Pouvoirs locaux*, 2006, p. 3.
- D. TABUTEAU, « Les services publics de santé et d'assurance maladie entre repli et renouveau », *RDSS*, 2013, p. 5.
- C. TEITGEN-COLLY, « L'urbanisme opérationnel. Définition et mise en œuvre de principes d'aménagement », *AJDI*, janvier 1986, p. 7.
- Ch. TESTARD, « L'anticipation, principe ou défi de l'action administrative ? », *RFDA*, 2017, p. 303.
- I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA*, 2004, p. 330.
- B. TOULEMONDE, « La réforme de l'enquête d'utilité publique », *AJPI*, octobre 1976, p. 765-785.
- S. TRAORÉ, « La loi organique réduisant le champ d'application matériel du référendum local est-elle conforme à la Constitution ? », *Collectivités territoriales Intercommunalité*, n° 8, Août 2004, étude 12.
- S. TRAORÉ, « Feu vert pour les référendums locaux d'initiative populaire en matière d'aménagement », *LPA*, 7 février 1997, p. 8-12.
- P. TROUILLY, « Approbation de la Convention d'Aarhus l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement », *Environnement*, n° 5 mai 2002, comm. 70.
- P. TROUILLY, « Commission nationale du débat public », *Environnement*, n° 5, mai 2002, comm. 69.
- D. TRUCHET, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA*, n° spécial, 1997, p. 42.
- X. TURION, « Le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis », *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, *Economica*, 1978, p. 97-111
- A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, avril 2014, p. 263.
- L. VANDELLI, « La cellule de base de toutes les démocraties », *Pouvoirs*, n° 95, 2000, p. 5-17.
- Ch. VAUTROT- SCHWARTZ, « La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *AJDA*, 2015, p. 2200.
- M. VERPEAUX, « La dernière réforme - en date - du droit des consultations locales en France », *AJDA*, 2006, p. 866 et s.

- M. VERPEAUX, « Référendum local et consultation locale des électeurs », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, 2006, fasc. 520.
- M. VERPEAUX, « Référendum décisionnel local : le Gouvernement persiste et signe », *JCP A*, n° 21, mai 2005, act. 203.
- M. VERPEAUX, « Référendums et consultations propres à certaines collectivités territoriales », *RLCT*, 2005, p. 49-51.
- M. VERPEAUX, « La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, p. 1960 et s.
- M. VERPEAUX, « La loi organique relative au référendum local », *JCP G*, n° 10, 3 mars 2004, 114.
- M. VERPEAUX, « Les deux premières lois organiques : expérimentation par les collectivités territoriales et référendum local. Lois organiques n° 2003-704 et n° 2003-705, 1^{er} août 2003 », *JCP G*, 19 novembre 2003, act. 548.
- M. VERPEAUX, « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540 et s.
- M. VERPEAUX, « Le "référendum local" et la Constitution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, p. 125.
- M. VERPEAUX, « Le "référendum" communal devant le juge administratif : premier bilan », *RA*, janvier 1996, p. 95
- M. VERPEAUX, « Référendums locaux et consultations locales des électeurs », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 12232.
- P. VIALATTE, « Dix ans de débat public. Un bilan global positif », *Environnement*, décembre 2007, étude 13.
- J. VIGUIER, « Référendum local et référendum national : chronique d'un déclin amorcé ? », *RLCT*, 2005, p. 51.
- J. VIGUIER, « De la mauvaise utilisation du terme "référendum" au plan local (La différence de logique entre référendum national et consultation locale) », *LPA*, n° 24, 25 février 1998, p. 12-20.
- J. VIGUIER, « Premières expériences de "référendum" communal », *RFDA*, 1996, p. 440 et s.
- A. VIOLA, « La démocratie directe locale en question », *LPA*, n° 153, 1^{er} août 2003, p. 11-17.
- H. ZEGHBIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1998, n° 2, p. 472.
- P. ZEMOR, « Le débat public, indépendance surveillée ? », *AJDA*, 2003, p. 465.

7) Commentaires de jurisprudence

- J.-M. AUBY, note sous CE 16 novembre 1994, Commune d'Awala-Yalimapo, *RDP*, 1995, p. 1081 et s.
- L. BENOIT, « Commission nationale du débat public », note sous CE, 5 avril 2004, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et Union française contre les nuisances des aéronefs, *Environnement*, n° 10, octobre 2004, comm. 96.

-L. BENOIT, « Commission nationale du débat public. Saisine », note sous CE, 13 décembre 2002, Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray et autres, *Environnement*, n° 3, mars 2003, comm. 29.

-L. BENOIT, « Commission nationale du débat public. Les décisions relatives au déroulement du débat ne sont pas susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir », note sous CE 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *Environnement*, n° 8, Août 2002, comm. 107.

-L. BENOIT, « Extension de pistes d'aérodromes. Modalités de saisine de la commission nationale du débat public. Saisine postérieure à la date fixée par le décret du 10 mai 1996 », note sous CE 8 octobre 2001, Union française contre les nuisances des aéronefs et Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-Satolas, *Environnement*, n° 1, janvier 2002, comm. 9.

-L. BENOIT, « Concertation », commentaire sous CAA de Marseille, 21 décembre 2000, n° 00MA00798 et 00MA00799, *AJDA*, 2001, p. 310.

-R. BONNEFONT, « Pas de référendum ni de consultation locale sur le projet de schéma départemental de coopération intercommunale », commentaire sous TA de Nice, 13 juillet 2011, TA de Bordeaux, 12 août 2011, TA de Lyon, 14 novembre 2011, *AJCT*, 2012, p. 97.

-X. BRAUD, « Le juge a-t-il anéanti le référendum local ? », note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux, *DA*, 2002, comm. 120.

-B. DELAUNAY, « Une procédure taillée sur mesure pour Notre-Dame-des-Landes ? », *AJDA*, 2016, p. 1515 et s.

-B. DELAUNAY, « Une nouvelle limitation du champ de l'article 7 de la Charte de l'environnement », commentaire sous la décision n° 2014-411 QPC du Conseil constitutionnel, Commune de Tarascon, 9 septembre 2014, *AJDA*, 2015, p. 468.

-B. DELAUNAY, « Les décisions du maire de Paris organisant le droit de pétition des habitants sont-elles légales ? », commentaire sous TA de Paris, 11 février 2011, *AJDA*, 2011, p. 1026.

-B. DELAUNAY, « Le contentieux de la procédure du débat public », commentaire sous CE, 28 décembre 2005, Association Aquitaine Alternatives et autres, *AJDA*, 2006, p. 1664.

-B. DELAUNAY, « La convention d'Aarhus n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un débat public », commentaire sous CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Auxances et Association Linars Nouère Charente, *AJDA*, 2005, p. 1787 et s.

-B. DELAUNAY, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public », commentaire sous CE, 5 avril 2004, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et Union française contre les nuisances des aéronefs, *AJDA*, 2004, p. 2100 et s.

-M.-F. DELHOSTE, « Débat public : illégalité d'une décision interministérielle prise avant la fin de la procédure », note sous TA de Bordeaux, 2e chambre, 1er mars 2007, Association Aquitaine Alternatives et Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence (2 arrêts), *RFDA*, 2007, p. 754.

-L. DEREPA, « Les actes par lesquels la commission du débat public organise un débat public ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir », observations sous CE 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *RDI*, 2002, p. 426.

-L. DEREPA, « Commission nationale du débat public : pouvoirs et délais », observations sous CE 17 mai 2002, Association France nature environnement, *RDI*, 2002, p. 330.

- L. DESFONDS-FARJON, note sous CE, 28 décembre 2009, Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'aménagement du territoire c/ Abbadie, *AJDA*, 2010, p. 1152.
- X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « concentrations : affaires Canal plus, décodage », commentaire sous CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, Société Groupe Canal Plus, *AJDA*, 2013, p. 215.
- F. DONNAT, « Le refus d'organiser un débat », note sous CE 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Auxances, Assoc. Linars Nouère Charente, *DA*, n° 6, Juin 2005, comm. 87.
- F. DONNAT, « Les décisions de la commission nationale du débat public relatives au déroulement du débat public ne font pas grief, contrairement à celles décidant ou refusant d'organiser un tel débat », observations sous CE, 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *RDI*, 2002, p. 375.
- L. ERSTEIN, « Précisions sur les conditions de saisine de la Commission nationale du débat public », note sous CE, 28 décembre 2005, n° 277128, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence, *Collectivités territoriales Intercommunalité*, n° 3, mars 2006, comm. 34.
- G. ÉVEILLARD, « Consultation locale - La procédure de détermination du nom d'une région », commentaire sous CE, 19 juillet 2017, Association citoyenne « Pour Occitanie Pays Catalan », *Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2017, comm. 49.
- G. ÉVEILLARD, commentaire sous CE, avis n° 368174, 16 octobre 2013, M. et Mme Baillemon, *DA*, 2014, comm. 9.
- H. FABRE LUCE, « Requiem pour la concertation », commentaire sous CE, 24 février 1993, n° 116 219, Roncari et Société Immobilière du Domaine de Billy, *Etudes foncières*, n° 61, décembre 1993, p. 21.
- J.-M. FEVRIER, « De la contestation de la décision prise à l'issue du débat public », note sous CE, 28 décembre 2005, n° 267287, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, *Environnement*, n° 3, mars 2006, comm. 40.
- J.-M. FEVRIER, « Conditions de la saisine de la Commission nationale du débat public », note sous CE, 28 décembre 2005, n° 277128, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence, *Environnement*, n° 3, mars 2006, comm. 39.
- M. FRITZ-LEGENDRE, « Les hésitations de la jurisprudence face à la notion de concertation », commentaire sous CE, 6 mai 1996, Association "Aquitaine Alternatives", *RFDA*, 2000, p. 154 et s.
- J.-C. FROMENT, « La participation des habitants à la vie locale. À propos des "conseils municipaux d'enfants" », note sous CE, sect., 7 octobre 1994, Ville de Narbonne c/ Mme Arditi, *RFDA*, 1995, p. 1092 et s.
- D. GILLIG, note sous CE, 16 novembre 1994, Commune d'Awala-Yalimapo et CE 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé, *LPA*, n° 91, 31 juillet 1995, p. 22 et s.
- V. GRILLET-CARABAJAL, « Une approche nouvelle de la note explicative de synthèse ? », note sous CE, 14 novembre 2012, *AJCT*, 2013, p. 204.
- J.-C. HÉLIN, note sous CAA Lyon, 27 nov. 2012, n° 12LY00556, Bugnet, *RJE*, 2014, p. 152.
- V. INSERGUET-BRISSET, « Le débat public devant le Conseil d'État », note sous CE 17 mai 2002, Association France nature environnement et CE 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restante, *LPA*, n° 142, 17 juillet 2003, p. 13 et s.

-F. JAMAY, « Des précisions concernant le champ d'application de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, commentaire sous CE, 23 nov. 2015, n° 381249, Stés Altus Energy et Solais, *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, p. 55-56.

-Y. JÉGOUZO, « Un débat public ne peut plus être organisé après la publication d'une décision de prise en considération du plan masse du projet d'extension d'un aéroport », observations sous CE, 8 octobre 2001, n° 217170, Union française contre les nuisances des aéronefs et Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-Satolas, *RDI*, 2002, p. 193.

-Y. JÉGOUZO, « Les conditions d'organisation de la consultation de la population communale sur les opérations d'aménagement », note sous TA Versailles, 23 octobre 2001, *AJDA*, 2002, p. 45.

-Y. JÉGOUZO, « Régime juridique de la consultation de la population au plan communal », note sous CE, 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé, *AJDA*, 1995, p. 838 et s.

-J. LAJOUS, « La difficile application de la concertation préalable », commentaire sous TA Bordeaux, 29 avril 1992 et TA de Bordeaux, 25 avril 1991, *Etudes foncières*, n° 61, décembre 1993, p. 22.

-J.-C. MAESTRE, note sous CE, 8 novembre 1963, Ministre de l'agriculture contre sieur Lacour et Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne (2 arrêts), *D.*, 1964, p. 493.

-F. MALLOL, « Le referendum local implique un vote à l'urne », note sous TA de Besançon, 1^{ère} ch., 14 février 2002, *AJDA*, 2002, p. 517.

-C. MONIOLLE, « Contrôle du juge sur les décisions de la Commission nationale du débat public », note sous CE, 17 mai 2002, Association France nature environnement, *DA*, n° 10, octobre 2002, comm. 171.

-J.-L. PISSALOUX, « Débat public », commentaire sous CE, 11 janvier 2008, n° 292493, M. L. et Mme D.B., *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 36, Juin 2008, p. 48-50.

-H. RIHAL, « Le référendum communal, bilan et perspectives », note sous CE, 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé, *RFDA*, 1996, p. 452 et s.

-C. SAUTEJEAU, « Les principes d'information et de participation du public sont applicables à la procédure de débat public », commentaire sous CE, 11 janvier 2008, n° 292493, M. L et Mme D. B., *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, n° 50, mars 2008, p. 70-76.

-P. SOLER-COUTEAUX, « Le respect du contradictoire implique que le délai fixé au bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme menacée de retrait pour présenter ses observations court à compter de l'expiration du délai qui lui est fixé pour retirer une lettre recommandée », note sous CE, 30 décembre 2015, n° 383264, Société Polycorm, *RDI*, 2016, p. 161.

-S. DE SOTO, note sous CE, 10 novembre 1956, Andréani, *RDP*, 1956, p. 376

-J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, « Régime juridique de la consultation de la population au plan communal », chron. sous CE, sect., 39 décembre 1995, Géniteau, *AJDA*, 1996, p. 111 et s.

-P. TROUILLY, « Modifications apportées, au cours de leur élaboration, à des projets d'actes réglementaires de l'État ayant une incidence directe et significative sur l'environnement », commentaire sous CE, 4 déc. 2013, n° 358128, n° 358234 et n° 357839, Assoc. France Nature Environnement et a., *Environnement*, n° 2, février 2014, comm. 16.

-P. TROUILLY, « Commission nationale du débat public : modalités de publication du compte-rendu et du bilan du débat public », note sous CE, 11 janv. 2008, n° 292493, M. L. et Mme D.B., *Environnement*, n° 3, mars 2008, comm. 55.

- P. TROUILLY, « Démocratie de proximité et compétence des communes », commentaire sous CAA de Paris, 9 octobre 2007, n° 06PA04004, *AJDA*, 2008, p. 34.
- P. TROUILLY, « Conditions de l'organisation d'un nouveau débat par la Commission nationale du débat public », note sous CE, 24 janv. 2007, n° 287248, Association du Toulousain pour la préservation du cadre de vie et 24 janvier n° 286666, B., *Environnement*, n° 3, mars 2007, comm. 54.
- P. TROUILLY, « La Convention d'Aarhus n'implique pas nécessairement l'organisation d'un débat public », note sous CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migné-Auxances et Association Linars Nouere Charente, *Environnement*, n° 6, Juin 2005, comm. 54.
- M. VERPEAUX, « Un référendum local ne peut porter sur un acte individuel », note sous TA Limoge, 25 septembre 2006, Mme Floret et M. Carlier, *AJDA*, 2007, p. 85.
- M. VERPEAUX, « Du bon et du mauvais usage des référendums locaux », note sous TA Cergy-Pontoise, ord., 13 janv. 2006 et 23 février 2006, Préfet de la Seine Saint-Denis, *AJDA*, 2006, p. 873 et s.
- M. VERPEAUX, « Intérêt "local", incompétence communale », observations sous CE, 21 juin 2000, n° 198237, Commune de Charbieu-Chavagneux, *RFDA*, 2001, p. 1082.
- M. VERPEAUX, « Référendum communal, champ d'application élargi, contrôle restreint », note sous CE Sect. 29 décembre 1995, Géniteau, *D.*, 1996, p. 273 et s.
- M. VERPEAUX, note sous CC., décision n° 2003-482 DC du 23 juin 2003, *LPA*, 7 juin 2004, p. 17.
- M. WALINE, note sous CE, 9 décembre 1955, Garysas, *RDP*, 1956, p. 330.

8) Conclusions de rapporteurs publics

- J. BERTHET-FOUQUÉ, conclusions sur TA Grenoble, 16 août 2001, Préfet de Haute-Savoie, *AJDA*, 2002, p. 153.
- G. BRAIBANT, conclusions sur CE 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, *Rec.*, p. 409.
- G. BRAIBANT, conclusions sur CE, sect., 8 janvier 1960, Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer, *RDP*, 1960, p. 334.
- C. CHANTEPY, « Nature et objet du référendum communal », conclusions sur CE, sect., 29 décembre 1995, M. Géniteau, *RFDA*, 1996, p. 471 et s.
- D. CHAUVAUX, conclusions sur CE, 20 décembre 2006, Matringhem, *AJDA*, 2007, p. 371.
- V. DAUMAS, conclusions sur CE, ass., 21 mars 2016, Sté NC Numéricable, *RFDA*, 2016, p. 506.
- V. DAUMAS, « Le contrôle de la concentration dans le domaine de l'audiovisuel », conclusions sur CE, ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, n° 362347, Société Numéricable, n° 363703 ; Société Parabole Réunion, n° 363542, *RFDA*, 2013, p. 70.
- L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Plans d'urbanisme : les limites de la théorie des opérations complexes », conclusions sur CE, sect. 5 mai 2017, n° 388902, Commune de Saint-Bon-Tarentaise, *RFDA*, 2017, p. 783.
- A. GAZIER, conclusions sur CE 6 mars 1957, Ravalison, *Rec. jur. outre-mer*, 1958, p. 488.
- B. GENEVOIS, conclusions sur CE, sect., 9 mai 1980, Société des Établissements Cruse, *AJDA*, 1980, p. 482.

- M. GUIONIN, conclusions sur CE, 20 janvier 1956, Nègre, *D.*, 1957, p. 319.
- M. GUYOMAR, conclusions sur CE, sect., 3 décembre 2003, Mme Mansuy, *AJDA*, 2003, p. 30.
- F. LENICA, conclusions sur CE, 11 janv. 2008, n° 292493, L. et a., *RJEP*, n° 653, Mai 2008, comm. 23.
- A. LERCHER, conclusions sur CAA Paris, 22 février 2005, Association Les Amis de la terre du Val d'Ysieux », *AJDA*, 2005, p. 1052.
- A.-M. LEROY, conclusions sur CE, sect., 19 avril 1991, Préfet de police de Paris c/ Demir, *AJDA*, 1991, p. 641.
- M. MOSSET, conclusions sur CE 2 novembre 1956, Syndicat des importateurs des centres de consommation et sieur Tranchant, *AJDA*, 1956, II, p. 442.
- G. PELLISSIER, « L'organisation des consultations électorales dans les communes », conclusions sur TA de Lille, 7 juin 1999, Goethals et autres, *RFDA*, 2000, p. 540.
- G. ROUX, « Les conséquences de l'insuffisante définition initiale des objectifs du futur plan local d'urbanisme », conclusions sur CAA Nantes, 12 novembre 2015, n° 14NT01283, *AJDA*, 2016, p. 1250.
- F. SENERS, conclusions sur CE, sect., 7 décembre 2001, Société anonyme Ferme de Rumont, *RFDA*, 2002, p. 46 et s.
- J.-H. STAHL, conclusions sur CE, sect., 9 avril 1999, Société Interbrew, *RFDA*, 1999, p. 769.
- J.-M. VIÉ, conclusions sur CAA Bordeaux, 3 décembre 2008, n° 07BX00912, *AJDA*, 2009, p. 153.

INDEX

(l'index renvoie aux numéros de paragraphes)

- A -

Acte

-acte administratif unilatéral : 1, 231, 510 et s.

-décisoire : 510 et s.

-faisant grief : 510 et s.

-préparatoire : 332 et s., 510 et s.

Administré : 3

Amélioration des relations administrations-administrés : 3, 211, 231

Association : 78 et s., 220, 257

-agrées : 108, 257, 365, 508

Autogestion : 85, 98, 101

Autorités administratives indépendantes : 64, 90, 203, 375, 496

Avis consultatif : 14, 260, 476

- B -

Bien commun : 197, 225, 234, 244, 249

Bonne administration : 61, 70, 248, 268, 410, 421, 448

Budget participatif : 187, 214, 221, 259 et s., 396, 507, 512

Bureaucratie : 196 et s., 245 et s.

- C -

Charte

-de la concertation : 2-3, 173, 278, 291, 308, 491

-de la participation du public : 173, 278, 291, 308, 491

-des droits fondamentaux de l'Union européenne : 61, 70

-de l'environnement : 8, 154 et s., 491, 506

-des services publics : 3, 252

Citoyen : 3 et s.

Citoyenneté

-administrative : 3, 34, 211, 231

-politique : 3

Co-auteur : 15, 520

Code des relations entre le public et l'administration : 9, 14, 54 et s., 157, 185 et s.

Cogestion : 15, 84, 98, 283

Collaborateur occasionnel du service public : 1

Collectivité territoriale : 91 et s., 104, 106, 113 et s.

Commissaire enquêteur : 461 et s.

Commission nationale du débat public : 461 et s.

Compétence : 489, 255 et s.

Concertation

-régie par le code de l'environnement : 178

-régie par le code de l'urbanisme : 174

Consentement : 208 et s., 228 et s., 269 et s.

Consultation

-fermée : 14, 260

-du public : 161 et s., 181 et s.

-des électeurs : v. « Processus référendaires »

Contradiction : v. « Procédure contradictoire »

Contrôle

-parlementaire : 197 et s.

-participation-contrôle : 231,

-juridictionnel : 252, 519 et s.

Convention d'Aarhus : 150

- D -

Décision

-d'espèce : 168

-individuelle : 13, 38 et s., 168, 191

-de police : 50, 52, 325

-réglementaire : 168, 182 et s., 191, 511 et s.

-unilatérale : v. « Acte administratif unilatéral »

Débat public : 175

Délai

-utile : 407 et s., 455

-raisonnable : 456

Délibération : v. « Démocratie délibérative »

Demande : 16, 48, 52

Démocratie

-administrative : 11, 194 et s.

-délibérative : 370

-électronique : 394

-locale : 16, 91, 128, 134 et s.

-participative : 16, 92, 136, 189, 192, 213 et s.

-procédurale : 207

-représentative : 194 et s., 234 et s.

Destinataire : 1, 13, 38 et s., 269, 290

Détournement de pouvoir : 267

Document administratif : 231, 276, 337, 469

Droit(s)

-de la défense : v. Procédure contradictoire

-à l'information préalable : 293 et s., 336 et s., 468 et s.

-à l'expression : 370 et s., 464 et s.

-fondamentaux : 207, 213, 231

-de pétition : 16, 137-138

-à la prise en compte : 424 et s.

-publics subjectifs : 3, 231

-au recours : 501 et s.

- E -

Election : 3, 109, 116, 197, 200, 207 et s., 258

Enquête publique : 162

Entreprise publique : 101

État de droit : 207

Exception d'illégalité : 510 et s.

Exécution : 269 et s.

- F -

Fusion de commune : 123

- G -

Groupes d'intérêts : 78, 148, 226, 257, 282

- I -

Impartialité : 268, 487 et s.

Incidence sur l'environnement : 158 et s.

Indépendance : 482 et s.

Information : v. « Droit à l'information »

Initiative : 16, 137 et s.

Intérêt

-à agir : 503 et s.

-général : 225 et s., 242 et s.

-à participer : 224, 234, 506, 516

- J -

Justiciabilité : 510 et s.

- L -

Légalité : 253, 264, 518 et s.

Légitimité : 194 et s., 242 et s., 281 et s., 370 et s.

- M -

Mesure préparatoire : v. « Acte préparatoire »

Motif : 253 et s., 317 et s.

Motivation : 445

Mutabilité : 251

- N -

NIMBY (« Not In My Backyard ») : 224-225, 507

- O -

Organe collégial : 78 et s., 260

- P -

Parlement : 197 et s.

Participation

-définition : 11 et s.

-effective : 292 et s.

-sincère : 423 et s.

Personnalité qualifiée : 256

Pouvoir

-d'exécution : 197 et s.

-normatif : 204

Prise en compte : v. « Droit à la prise en compte »

Public (définition) : 5, 156 et s., 188

Politique publique : 80 et s.

Procédure

-administrative contentieuse : 13

-administrative non contentieuse : 29

-contradictoire : 13, 38 et s., 264-265

Processus référendaire : 14-15, 113 et s.,
261

- Q -

Qualité

-à agir : v. « Intérêt à agir »

-à participer : 83, 112

-des services publics : 251-252

- R -

Référendum : v. « Processus
référendaires »

Régulation : 90

Représentation

-politique : v. Démocratie représentative

-des intérêts : 78 et s., 257 et s.

- S -

Sanction : 42 et s.

Service public : 84-85, 251 et s.

Séparation des pouvoirs : 198 et s.

Simplification : 185, 525

Synthèse des observations : 426 et s., 521

- T -

Tiers garant : 460 et s.

Tirage au sort : 110

Transparence : 194, 318, 331

- U -

Usager : 3, 85, 91 et s., 108, 109

- V -

Volonté générale : 194 et s.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	7
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE.....	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
Section 1 – La reconnaissance juridique récente de la participation du citoyen à la décision administrative	14
§ 1 – La formalisation de la notion de « citoyen » pour caractériser juridiquement l’administré	15
§ 2 – La formalisation de la notion de « participation » pour caractériser l’implication du citoyen à la prise de décision	20
Section 2 – La délimitation de la participation du citoyen à la décision administrative	26
§ 1 – La définition de la participation du citoyen à la décision administrative	26
A – Un domaine de la participation à la procédure	29
B – Un domaine de la participation à la compétence	32
C – L’exclusion de l’initiative citoyenne	34
§ 2 – Une définition transposable à d’autres catégories de décisions unilatérales	38
A – La participation du citoyen à l’élaboration des normes constitutionnelles et législatives	38
1) Les référendums constitutionnels et législatifs	39
2) Les procédures participatives préalables à l’adoption des lois	43
B – La participation du citoyen à l’exercice de l’activité juridictionnelle.....	43
Section 3 – Intérêt du sujet et justification du plan	51
Première partie – LA DIVERSITÉ DE FAÇADE DES MANIFESTATIONS DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE	57
Titre I – LA PLURALITÉ DES INSTRUMENTS PARTICIPATIFS INSCRITE DANS UN MOUVEMENT D’ÉLARGISSEMENT DU CERCLE DES PARTICIPANTS	59
Chapitre 1 – Le développement initial des modèles de participation restreinte.....	61
Section 1 – La participation ponctuelle de la personne intéressée dans le cadre de la procédure contradictoire.....	61
§ 1 – Une large protection de la personne intéressée face aux décisions individuelles défavorables.....	62
A – Les sources générales de la procédure contradictoire	62

1) L'extension du principe général des droits de la défense	63
a) Les mesures concernées.....	63
b) Les exceptions à l'application du principe général du droit	73
2) L'approfondissement des sources textuelles du principe	78
a) La procédure contradictoire régie par les anciens articles 8 du décret du 28 novembre 1983 et 24 de la loi du 12 avril 2000	78
b) La codification de la procédure contradictoire par les articles L. 120-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration.....	84
B – Les sources spéciales de la procédure contradictoire	88
1) Les procédures contradictoires particulières instituées en droit interne par le législateur.....	88
2) Les sources externes de la procédure contradictoire	93
a) L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	93
b) L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme	95
§ 2 – L'absence de portée générale de la procédure contradictoire en droit interne	102
A – Le bénéfice de la contradiction subordonné à la réunion de deux critères : la nature et les effets de la mesure	102
1) L'établissement du critère supplémentaire des effets de la mesure.....	103
2) Une exigence inhérente à la procédure contradictoire	107
B – Le bénéfice de la contradiction subordonné à la notion de « personne intéressée »	112
1) La notion de personne intéressée en principe limitée au destinataire de la mesure en droit interne.....	113
2) Une acception parfois extensive de la notion en droit comparé.....	116
Section 2 : La participation régulière des représentants d'intérêts à l'organisation et à la gestion du service public	118
§ 1 - Une représentation largement assurée	121
A – Une représentation assurée aux différents échelons de définition et de mise en œuvre des politiques publiques	121
1) La participation des représentants d'intérêts à la définition des politiques publiques.....	121
2) La participation des représentants d'intérêts à la mise en œuvre des politiques publiques.....	127
B – Une représentation non systématiquement assurée	133
1) L'absence ponctuelle de mise en œuvre de la représentation des intérêts	134
2) L'existence de domaines de résistance à la représentation de la société civile..	135

3) La participation essentiellement facultative des habitants et des usagers à la vie locale	138
§ 2 – Une représentation nécessairement sélective	146
A – Une représentation généralement significative de la société civile	146
1) Une représentation oscillant entre une représentation équilibrée et une représentation exclusive	147
2) Une représentation parfois non significativement assurée	150
a) Un modèle de participation des usagers-consommateurs avorté dans les conseils d’administration ou de surveillance des entreprises publiques.....	150
b) La liberté accordée aux collectivités territoriales pour composer leurs organes consultatifs	156
B – La désignation des participants soumises à l’exigence de représentativité	158
1) Une représentativité laissée à la discrétion de l’administration	158
2) Une représentativité organisée par le législateur.....	159
a) L’octroi d’un label de représentativité	159
b) L’élection des usagers	166
c) Le tirage au sort.....	168
Conclusion du chapitre 1	169
Chapitre 2 – Le développement complémentaire des modèles de participation ouverte	171
Section 1 – Le développement timoré des processus référendaires locaux	171
§ 1 – La reconnaissance juridique récente des processus référendaires locaux	172
A – L’abandon progressif des instruments de démocratie directe ou semi-directe locale	172
1) La « nationalisation » du thème de la démocratie directe.....	172
2) La prohibition juridique de l’usage des référendums locaux	176
B – La légalisation progressive des instruments référendaires locaux.....	179
1) Les référendums institutionnels locaux touchant à l’existence des collectivités territoriales.....	180
2) Les processus référendaires pour l’exercice des compétences des collectivités territoriales.....	184
a) La consultation locale des électeurs	184
b) Le référendum local	188
3) La consultation des électeurs relatives aux projets de l’État ayant des incidences sur l’environnement.....	191
§ 2 – L’intérêt limité des processus référendaires pour les électeurs locaux.....	193

§ 2 – L'émergence des procédures de consultation ouverte en dehors de la matière environnementale	262
A – Le développement des procédures de consultation ouverte sur Internet	263
1) Le développement de procédures contraignantes dans certains États étrangers	263
2) Le développement de procédures essentiellement facultatives en droit français...	266
B – L'encadrement des procédures d'association du public en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires	271
1) Une procédure d'association ne s'ouvrant pas nécessaire à tout le public	272
2) Une procédure d'association pouvant prendre la forme d'une votation	273
Conclusion du Chapitre 2.....	276
Conclusion du Titre I.....	277
Titre II – LA PLURALITÉ DES FONCTIONS DE LA PARTICIPATION CITOYENNE ILLUSTRANT SON CARACTÈRE MALLÉABLE	279
Chapitre 1 – Les fonctions pour le citoyen, entre démocratie administrative et garantie individuelle.....	283
Section 1 – La participation du citoyen comme traduction d'une démocratisation de l'administration.....	284
§ 1 – La remise en cause du schéma traditionnel de la démocratie représentative.....	286
A – Un schéma classique justifiant le développement d'une administration bureaucratique	287
1) L'administration comme simple outil bureaucratique d'exécution de la volonté générale.....	287
2) Une participation citoyenne de nature à créer un conflit de légitimité entre deux expressions du peuple souverain	292
B – La mise en lumière des défaillances pratiques du schéma traditionnel	294
1) L'affaiblissement du contrôle parlementaire sur l'exécutif.....	294
2) Le développement d'un pouvoir normatif administratif.....	296
§ 2 – La mutation de la légitimité démocratique ou l'insuffisance de la démocratie représentative	299
A – La promotion de la participation citoyenne comme expression d'un consentement populaire	300
1) Le consentement à la norme comme nouvelle source de légitimité démocratique	302
2) Une conception moderne justifiant le développement d'une administration ouverte dans son fonctionnement quotidien	306

B – La participation citoyenne au secours de la démocratie représentative.....	309
Section 2 – La participation du citoyen comme expression d’une garantie défensive	313
§ 1 – Un citoyen préférant la participation défensive à la participation constructive	314
A – Une mobilisation citoyenne généralement faible	314
1) Le faible nombre de participants dans le cadre des procédures de participation du public à l’échelle nationale.....	314
2) Le faible nombre de participants dans le cadre des processus participatifs locaux .	317
B – Un sursaut de mobilisation citoyenne souvent motivé par la défense d’une cause individuelle, collective ou objective	323
1) Une mobilisation s’inscrivant souvent dans une logique « NIMBY ».....	323
2) Des revendications individuelles ou catégorielles cachées derrière une vision autre de l’intérêt général	326
§ 2 – La redéfinition de la fonction citoyenne de la participation	330
A – Une faible mobilisation citoyenne justifiée par des considérations inhérentes à la société civile	331
1) La vaine recherche de causes extérieures à la société civile.....	332
2) Une culture de la délégation inhérente à la société civile	338
B – Une logique défensive consubstantielle à la participation	341
1) La participation citoyenne comme droit-garantie	342
2) La dimension de droit-garantie, un caractère propre de la participation	343
Conclusion du Chapitre 1.....	348
Chapitre 2 – Les fonctions pour l’administration, la recherche d’efficacité	351
Section 1 – La participation au service de l’instruction de la décision administrative.....	352
§ 1 – La participation citoyenne au cœur de la modernisation de l’administration française	353
A – La redéfinition de l’idéologie de l’intérêt général ou la réhabilitation des intérêts particuliers	353
1) Une conception classique de l’intérêt général justifiant le développement d’une administration bureaucratique	355
2) Une conception moderne de l’intérêt général justifiant le développement d’une administration ouverte	358
B – La reconnaissance d’une nouvelle exigence en faveur de la qualité et de l’adaptation des services publics.....	363
§ 2 – La participation du citoyen, une garantie technique de l’adaptation de la décision administrative à son environnement	368

A – La prise en compte des données objectives et collectives	370
1) Un apport variant selon le profil des citoyens participants.....	371
2) Un apport variant selon les instruments participatifs.....	379
B – La prise en compte des situations personnelles.....	386
1) La défense des intérêts personnels face aux décisions individuelles : l’objet même de la procédure contradictoire.....	386
2) La défense des intérêts personnels face aux décisions non-individuelles : une compatibilité conditionnée	390
Section 2 – La participation au service de l’exécution de la décision administrative	395
§ 1 – Participation et intégration des forces d’oppositions	396
A – La participation comme outil de prévention des situations des conflits	396
1) La dimension cathartique de la participation	397
2) La portée limitée de l’intégration des forces d’opposition	400
B – Les différents niveaux d’intensité permis par les techniques participatives	402
1) La consultation.....	403
2) La concertation	404
3) La négociation.....	407
§ 2 – Participation et conquête de l’opinion publique	409
A – Une participation pouvant servir la conception classique de l’idéologie de l’intérêt général et de la légitimité démocratique.....	409
B – Le risque du recours au processus référendaire	414
Conclusion du Chapitre 2.....	421
Conclusion Titre II.....	423
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	425
Seconde partie – L’UNITÉ DE FAÇADE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION DU CITOYEN À LA DÉCISION ADMINISTRATIVE	427
Titre I – LES GARANTIES PRINCIPALES ASSURANT L’EFFECTIVITÉ DE LA PARTICIPATION	431
Chapitre 1 – La concrétisation plurielle de l’information préalable sur le projet de décision .	433
Section 1 – La variation de l’information relative au contenu du projet	433
§ 1 – Des instruments participatifs imposant la complétude de l’information sur le contenu du projet	434
A – La participation à la compétence : une information exhaustive sur le texte du projet de délibération	434
B – Les règles générales de la procédure consultative : une information exhaustive sur toutes les questions traitées par la décision finale	436

§ 2 – Des instruments participatifs se limitant à une exigence de suffisance de l’information sur l’objet du projet.....	441
A – Les règles spéciales de la procédure consultative limitant l’information à l’économie générale du projet	441
B – La participation précoce : une information préalable limitée à l’économie générale du projet	447
1) La non-exhaustivité de l’information, garante de l’esprit de la concertation	448
2) L’information préalable dans la procédure de concertation régie par le code de l’urbanisme : la nature, les objectifs et les options essentielles du projet	451
3) L’information préalable dans les procédures de concertation et de débat public régies par le code de l’environnement	463
C – La procédure contradictoire : une information sur l’intention d’adresser une mesure défavorable	465
Section 2 – La variation de l’information relative au contexte du projet.....	466
§ 1 – La connaissance du contexte du projet généralement assurée par la présentation des motifs du projet.....	467
A – La diffusion systématique des griefs dans la procédure contradictoire, objet de la défense de la personne intéressée.....	468
B – L’exigence d’une information suffisante sur le contexte, les motifs et les implications du projet au sein des autres instruments participatifs.....	471
1) Une obligation de présentation même informelle du contexte, des motifs et des implications du projet en vertu des règles générales de la participation à la compétence et de la consultation	471
2) Une présentation formelle du contexte, des motifs ou des implications ponctuellement requise au titre de dispositions textuelles spéciales.....	476
a) Une connaissance parfois liée à la nature de la décision concernée	476
b) Une connaissance parfois liée à la nature de l’instrument participatif	478
§ 2 – La connaissance du contexte du projet ponctuellement perfectionnée par l’adjonction de données complémentaires.....	484
A – La diffusion des documents préparatoires : l’accès aux études internes et aux avis et observations externes préalablement émis.....	484
B – L’exposé des incidences environnementales du projet, plan ou programme	491
C – L’exposé des alternatives au projet, plan ou programme.....	496
Conclusion du Chapitre 1.....	502
 Chapitre 2 – La concrétisation plurielle des modalités d’organisation du processus participatif	505
Section 1 – La diversité des modes d’accès à l’information préalable.....	506

§ 1 – La diversité des modes d'accès à l'avis précisant les modalités d'organisation du processus participatif.....	506
A – Une information notifiée dans l'hypothèse d'une liste limitative de participants....	507
1) La notification de l'avertissement dans la procédure contradictoire	507
2) La notification de la convocation aux membres d'un organe collégial	509
3) La notification non systématique d'un avis à destination des électeurs lors d'un processus référendaire	510
B – L'information publiée lors des procédures de participation du public.....	513
1) La multiplicité des supports de diffusion de l'avis ne garantissant pas son accessibilité pour le public	514
2) Le risque d'inefficacité de la simplification de l'accès à l'avis	519
§ 2 – La diversité des modes d'accès à l'information sur le projet	524
A – La notification de l'essentiel de l'information relative au projet dans les instruments de participation fermée	525
1) La communication d'office des griefs déterminants lors d'une procédure contradictoire	525
2) La communication d'office des informations nécessaires à l'examen des affaires aux membres des organes collégiaux	527
B – La mise à disposition d'un dossier d'information dans les procédures de participation ouverte.....	529
1) Des procédures organisant la mise à disposition du dossier cumulativement sur support papier et par voie dématérialisée.....	530
2) Des procédures organisant la mise à disposition du dossier alternativement sur support papier ou par voie dématérialisée.....	533
Section 2 – La diversité des formes d'expression du point de vue	537
§ 1 – L'oralité et l'écrit, des formes classiquement vues comme complémentaires	539
A – La présentation orale ou écrite de nature à influencer sur l'existence et sur la qualité des échanges	539
1) L'oralité plus favorable à l'échange que l'écrit	540
2) L'écrit offrant davantage de garanties pour la construction et la prise en compte de l'argumentation que l'oralité.....	543
B – La complémentarité entre l'oralité et l'écrit pas toujours assurée	545
1) Une complémentarité assurée au sein des procédures contradictoires	545
2) Une complémentarité non nécessairement assurée au sein des procédures de participation du public	550
a) Un cumul uniquement garanti pour l'enquête publique environnementale et le débat public.....	550

b) Les hypothèses de suffisance de l'écrit.....	552
c) Les hypothèses de suffisance de l'oralité.....	556
3) Une place accordée à la discussion préalable à l'émission d'un vote.....	557
§ 2 – Une approche renouvelée par le développement de l'outil Internet.....	561
A – Un apport certain de l'outil Internet pour développer la participation citoyenne ...	561
1) L'outil Internet favorable à l'accès au processus participatif.....	561
2) L'outil Internet favorable aux échanges écrits.....	564
B – Un outil encore timidement intégré dans les instruments juridiques de la participation citoyenne.....	567
1) La participation du public par voie électronique.....	567
a) Le recours aux observations électroniques avec possibilité de discussion en ligne.....	567
b) Le recours aux observations électroniques sans organisation de discussion en ligne.....	571
c) Le recours facultatif aux observations électroniques.....	575
2) La collégialité à distance.....	576
Section 3 – La diversité du délai utile pour participer.....	579
§ 1 – Un cadre temporel pouvant être inférieur à une semaine pour les processus de participation fermée.....	580
A – Le contrôle au cas par cas du délai suffisant dans le cadre des procédures contradictoires.....	580
B – La règle textuelle des cinq jours francs dans les organes collégiaux.....	584
§ 2 – Un cadre temporel au moins fixé à quinze jours pour les procédures de participation ouverte.....	587
A – La règle des quinze jours, un standard largement appliqué.....	587
1) Un standard pour les processus référendaires.....	587
2) Un standard pour les procédures de consultation du public.....	589
3) Un standard pour les procédures de concertation.....	596
B – Des durées maximales ponctuellement fixées.....	599
Conclusion du Chapitre 2.....	602
Conclusion du Titre I.....	605
Titre II – LES GARANTIES COMPLÉMENTAIRES ASSURANT LA SINCÉRITÉ DE LA PARTICIPATION	607
Chapitre 1 – La concrétisation plurielle du droit à la prise en compte du point de vue	609
Section 1 – L'exigence de diffusion d'un document formalisant la prise en compte du point de vue.....	609

§ 1 – L'exigence de prise en compte formelle des points de vue par la rédaction de documents de synthèse	610
A – Les procès-verbaux d'organes collégiaux, des instruments permettant rarement la synthèse des échanges	611
B – La synthèse des observations, une exigence essentielle dans les procédures de participation du public.....	615
1) La synthèse des observations, un document utile au public comme au responsable du projet.....	615
2) La rédaction d'une synthèse des observations, une exigence largement assurée... ..	617
a) L'exigence dans la matière environnementale.....	617
b) L'exigence en dehors de la matière environnementale.....	621
§ 2 – Une prise en compte renforcée par l'exigence ponctuelle d'une réponse aux points de vue exprimés.....	622
A – Des hypothèses de réponse directe aux observations	622
1) Une exigence donnant à la participation une véritable portée contraignante ...	623
2) Une exigence permettant de poursuivre l'échange entre les acteurs.....	629
B – Des hypothèses de réponse indirecte aux observations.....	631
Section 2 – L'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue	634
§ 1 – La formalisation ponctuelle de l'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue préalablement à la décision administrative	634
A – Le champ d'application limité de la garantie	635
B – Une garantie pas toujours nécessaire.....	638
§ 2 – La formalisation ponctuelle de l'exigence d'un délai de prise en compte du point de vue postérieurement à la décision administrative.....	641
A – Le délai utile de prise en compte du processus référendaire	641
B – La caducité des procédures de participation du public	642
Conclusion du Chapitre 1.....	645
Chapitre 2 – Les garanties organiques plurielles de la participation	647
Section 1 – La présence ponctuelle d'un tiers garant de la participation	647
§ 1 – Le tiers garant des procédures environnementales de participation	648
A – La variation des missions confiées au tiers garant	648
1) Un tiers garant de l'information, de l'expression et de la prise en compte des observations	649
a) Un tiers chargé de recevoir et de synthétiser les observations.....	649

b) Un tiers parfois mal armé pour garantir l'information du public	655
2) Un tiers garant pouvant être doté de prérogatives complémentaires en lien avec sa mission	661
a) Un rôle dans la définition des modalités d'organisation du processus participatif	661
b) Une autorité pouvant être chargée de se prononcer sur l'opportunité du projet soumis au processus	664
i) La fonction consultative du commissaire enquêteur, une atteinte relative à son rôle de garant	665
ii) Le rôle de conciliation de la Commission nationale du débat public, un complément à son rôle de garant	669
B – Le statut du tiers garant : une autorité indépendante, impartiale et compétente ...	673
1) L'indépendance du tiers garant	673
2) L'impartialité du tiers garant	678
3) La compétence du tiers garant	680
C – Un domaine pouvant raisonnablement être élargi s'agissant des procédures de participation du public.....	684
§ 2 - Le tiers garant des procédures contradictoires.....	688
A – La présence exceptionnelle d'un tiers garant en droit français	688
B – Une contradiction triangulaire ou quasi-triangulaire affirmée en droit anglo-saxon.....	692
1) Les recours administratifs triangulaires en droit britannique	693
2) La procédure initialement quasi-triangulaire en droit américain.....	694
Section 2 – Le droit au recours limité par l'exigence de sécurité juridique.....	696
§ 1 – La limitation des hypothèses de recours.....	697
A – L'absence de concordance systématique entre les qualités de participant et de requérant ou l'intérêt à agir conditionné du participant.....	698
1) L'intérêt à agir généralement présumé en présence d'un nombre limité de participants.....	699
2) L'intérêt à agir nécessitant généralement une démonstration à la suite d'une procédure de participation du public	700
B – La limitation des actes attaques	706
1) Le régime classique de la justiciabilité des actes administratifs.....	706
2) La limitation de l'invocation des vices de forme et de procédure par voie d'exception	712
3) La réorganisation de l'invocation des vices de forme et de procédure par voie d'action	713
a) L'organisation d'un recours précoce pour contester un débat public.....	714

b) L'organisation d'un recours précoce pour contester une concertation régie par le code de l'urbanisme	717
§ 2 – La limitation des conséquences contentieuses des irrégularités affectant la participation.....	721
A – La redéfinition des conséquences contentieuses des irrégularités procédurales par la jurisprudence « Danthony »	721
B – La jurisprudence « Danthony » appliquée à la participation du citoyen	724
Conclusion du chapitre 2	730
Conclusion du Titre II	731
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	733
CONCLUSION GÉNÉRALE	735
BIBLIOGRAPHIE	737
1) Ouvrages généraux.....	737
2) Ouvrages spécialisés.....	738
3) Thèses.....	740
4) Rapports	741
5) Articles publiés dans des ouvrages collectifs.....	742
6) Articles publiés dans des revues	746
7) Commentaires de jurisprudence.....	759
8) Conclusions de rapporteurs publics	763
INDEX	765
TABLE DES MATIERES	769

Titre : La participation du citoyen à la décision administrative

Mots clés : Principe de participation ; acte administratif unilatéral ; démocratie administrative ; procédure administrative.

Résumé : La participation du citoyen à la décision administrative est une notion qui se développe en droit positif. Toutefois, sa définition et ses contours ne font pas l'objet de consensus. La doctrine associe régulièrement la participation du citoyen à la démocratie administrative. Or, la participation remplit d'autres fonctions. Elle permet certes au citoyen de participer activement à la définition de l'intérêt général, mais elle lui permet aussi de défendre ses intérêts particuliers. Parallèlement, la participation du citoyen permet tout autant d'améliorer que de légitimer la décision administrative. La participation apparaît sous les traits d'une notion malléable. Sa fonction varie selon la psychologie des acteurs et selon la nature de l'instrument participatif qui la concrétise juridiquement.

La notion de participation du citoyen à la décision administrative regroupe plusieurs instruments : les procédures contradictoires, la représentation des intérêts, les processus référendaires et les procédures participation du public. L'unité de la participation se dévoile dans son régime juridique qui est articulé autour de garanties communes assurant l'effectivité de la participation, à savoir le droit à l'information préalable, le droit d'exprimer un point de vue et le droit à un délai suffisant. Moins systématiquement, le régime juridique de la participation s'ouvre à des garanties complémentaires en vue d'assurer sa sincérité. Ainsi en va-t-il du droit à la prise en compte du point de vue, de la présence d'un tiers garant ainsi que du droit au recours. Toutes ces garanties font cependant l'objet d'une application diversifiée. L'unité de la participation du citoyen n'implique en effet pas son uniformité.

Title : Citizen participation to administrative decision

Keywords : Principle of participation ; unilateral administrative act ; administrative democracy ; administrative procedure.

Abstract : Citizen participation to administrative decision is a developing concept in positive law. Still, its essence and scope have not reached consensus. The doctrine associates citizen participation to administrative democracy. Yet, participation fulfills other functions. It of course allows citizen to actively define general interest yet it also allows the citizen to defend his very own interest. At the same time, citizen participation both improves and legitimates administrative decision. Participation appears as a malleable concept. Its function depends not only on the actors psychology but also on the nature of the participatory instrument that legally implements it. The concept of citizen participation to administrative decision regroups several instruments, including the right to a hearing, representation of interests, referendum processes, and public participation procedures.

The unity of participation gains meaning in its legal system, which is articulated around common guarantees ensuring the effectiveness of participation, that is to say, the right to prior information, the right to express a point of view and the right to an appropriate period of time to do so. Less systematically, the legal system of participation opens up to complementary guarantees to ensure its sincerity. This applies to the right of having a point of view considered, the presence of a third-party guarantor as well as the right to appeal. All these guarantees, however, are subject to diversified implementations. Indeed, citizen participation unity does not imply its uniformity.