



Master 2 Recherche – Droit Européen Comparé

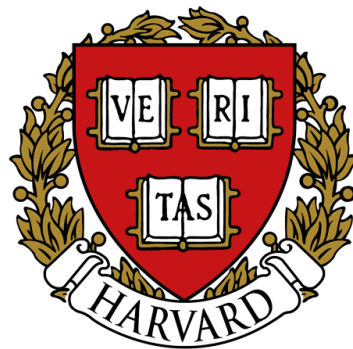
2015-2016

**La participation du citoyen à l'élaboration des actes
réglementaires de l'administration :
Comparaison entre systèmes américain et français**

Mémoire rédigé sous la direction de M. Mathieu Carpentier

Thomas CARACACHE

Séjour de recherche effectué à Harvard et New York University



*« We always hear about the rights of democracy,
but the major responsibility of it is participation. »*

Wynton Marsalis

« You can coddle your rage, or you can fully engage. »

Tony Cleaver

*Je remercie mon directeur de mémoire,
M. Mathieu Carpentier,
pour son encadrement et ses conseils avisés.*

*À ma mère,
et à Christian.*

Résumé

Une des caractéristiques premières de nos société est la méfiance envers les corps et individus qui nous gouvernent. Clientélisme, népotisme, absence d'éthique ; la vision des politiques, et à travers elle de la politique, fait l'objet d'une déliquescence croissante et continue. Le citoyen n'en est plus un, il ne s'intéresse plus à la chose publique, devient un objet passif témoin des changements de gouvernements et des balancements de l'échiquier politique, sans vouloir y prendre part.

Cette crise de légitimité est corrigable, et la participation du public se présente comme un remède possible. Outil déjà très développé aux États-Unis, qui depuis 1946 connaissent une participation large, dans ses modalités si ce n'est dans ses intervenants, et institutionnalisée, bien ancrée dans le fonctionnement de l'Administration. En France, une vision particulière de l'Administration, du citoyen et de ce que devaient être leurs relations a conduit à une croissance plus mijaurée des instruments participatifs, objets de textes épars et d'un ensemble législatif traduisant les hésitations envers l'institution d'un mécanisme principalement vu comme facteur de ralentissement et de gêne de l'action administrative.

La participation semble pourtant être un outil aux nombreuses utilités. Rassurer les citoyens sur la responsabilité de l'État, augmenter la confiance en l'action publique et en l'Administration, éduquer le citoyen à la prise en main de la gestion des affaires publiques ; les avantages sont nombreux. Participation ne signifie aujourd'hui pas codécision. Elle est vue comme un outil d'information au service de l'Administration, avec une absence d'impact juridique des commentaires et interventions du public sur la prise de décision administrative. Elle semble cependant être de plus en plus valorisée, notamment en France où elle a été par exemple l'objet d'une partie du nouveau Code des relations entre le public et l'administration, lequel semble marquer une nouvelle étape dans les rapports administré-administrateur en France.

De la participation obligatoire ou facultative, simple consultation ou référendum décisionnel, les possibilités sont vastes. Mais il ne faut pas pour autant avancer avec des oeillères. L'idée participative est critiquable, et c'est encore plus le cas de sa mise en œuvre.

Table des matières

Introduction – La participation comme réponse à une crise des modèles de gouvernement actuels	1
<u>Section 1</u> – La démocratie représentative en panne	1
I. Déficit de légitimité et méfiance face au système politique en place	1
II. Théories délibératives et participatives, une connexité sans identité des notions	3
<u>Section 2</u> – À quoi répond la participation, et quels résultats vise-t-elle ?	4
Première Partie – Traditions et systèmes administratifs : l'Administration contre le citoyen	6
Chapitre 1 – Une opposition initiale dans la conception de l'Administration	6
<u>Section 1</u> – Unilatéralité et omnipotence administrative française	6
I. Une institution marquée par son histoire	6
A) Une société traditionnellement décalée	7
1. Les tendances propres de l'Administration – Distanciation et secret	7
2. La fonction publique, caste à part de la société	8
B) Identité administrative et soumission citoyenne	9
II. Vers un nouveau paradigme de l'action administrative	10
A) La remise en cause du « tout-public »	10
B) Un lent changement de mentalité	11
<u>Section 2</u> – Les États-Unis, entre politique du laissez-faire et recherche du bien commun	11
I. L'État de l'initiative privée – Un rejet apparent de l'ordre étatique	12
II. Émergence et croissance de l'idée régulatrice	13
Chapitre 2 – Le pouvoir réglementaire, symbole de l'unilatéralité administrative	14
<u>Section 1</u> – L'acte administratif unilatéral français	14
I. La <i>summa divisio</i> : actes décisifs et non décisifs	15
II. Généralité ou particularisme de l'action administrative	15
III. Les deux types d'actes non réglementaires	16
<u>Section 2</u> – Prééminence des agences et bases du fonctionnement administratif américain	16
I. Le système des agences fédérales, cœur de la réglementation dans le système américain	17
A) Neutralité administrative et distinction entre types d'agences	17
1. La prise d'indépendance des agences fédérales – l'arrivée de l'IRA	17

2. Les outils de l'indépendance	18
§a – Révocation « <i>for-cause</i> » ou révocation discrétionnaire	18
§b – Mandat à durée déterminée	19
§c – Structure collégiale	19
§d – Condition d'égalité partisane	19
B) L'exercice critiqué par les agences d'un pouvoir quasi-législatif	19
1. L'administrateur, soutien nécessaire du législateur	20
2. <i>Non-delegation doctrine</i> et pouvoir d'exécution	20
II. Les modalités d'action à disposition du corps administratif américain	21
A) La distinction ténue entre <i>rule</i> et <i>order</i>	21
B) La classification des actes réglementaires, enjeu d'importance pour la participation publique	22
1. Les règles « législatives »	22
2. Les règles interprétatives	22
3. Les règles procédurales et les déclarations de politique générale	23
§a – Règles procédurales	23
§b – Déclarations de politique générale	24
Deuxième Partie – L'émergence d'une participation à l'action administrative	24
Chapitre 1 – La participation aux États-Unis, une pratique bien ancrée	24
<u>Section 1</u> – Existence et fragilité de la participation sans cadre normatif	25
<u>Section 2</u> – L'APA et l'encadrement procédural de la participation	26
I. Les deux moyens d'action de l'administration – distinction entre <i>rulemaking</i> et <i>adjudication</i>	26
II. L'initiative du processus réglementaire	28
A) Initiatives informelles et jeu de pressions politiques	28
B) Première apparition de la participation – le droit de pétition	29
III. Les procédures participatives instituées par l'APA	30
A) Une réponse à la peur de l'arbitraire et au problème de légitimité de l'action publique	30
B) La procédure formelle, une procédure quasi-judiciaire	31
1. Les rares hypothèses de recours à la procédure formelle	32
2. Une procédure présentant de fortes ressemblances au procès	33
3. Le déroulement de la procédure	33
C) La procédure informelle, bastion et garantie de la participation publique	34
1. L'information du public	34
§a – La nécessité de publication de la NPR	35

§b – Le contenu de la NPR	36
§c – Caractère adéquat de la NPR et nécessité d'un second cycle de commentaire	37
2. La phase de commentaire, cœur du dispositif	38
§a – Nature et mise en place du <i>comment</i>	38
§b – Réalité du <i>comment</i>	39
D) Les rénovations du modèle – L'émergence de procédures alternatives	41
1. Les procédures hybrides	41
2. Le <i>Negotiated Rulemaking</i>	42
3. L' <i>Advance Notice of Proposed Rulemaking</i>	43
Chapitre 2 – La participation en France, un renouveau par la codification ?	44
<u>Section 1</u> – L'État de la participation avant le CRPA	44
I. L'enquête publique, procédure phare de l'idée participative en France	44
A) Transversalité et diversité de l'enquête publique	45
1. Qu'est-ce qu'une enquête publique ?	45
2. Environnement et expropriation, les deux champs principaux de l'enquête publique	46
§a – L'enquête environnementale	46
§b – L'enquête préalable à une DUP	47
B) Les différences de régime entre les deux types d'enquête	47
C) Une participation du citoyen sous forme de consultation	48
1. Palier à la tardiveté	49
2. Présenter des observations	50
§a – Les commentaires écrits	50
§b – La possibilité de présenter des observations orales	50
3. La portée limitée des observations sur la décision	51
4. L'obligation de démontrer l'examen des observations pour le commissaire enquêteur	51
II. Le débat public	52
A) Compétence limitée et saisine de la CNDP	52
B) Modalités d'organisation et de tenue du débat public	53
C) Les limites à la procédure du débat public	55
1. Des possibilités de recours restreintes	55
2. Une procédure limitée dans son application	56
III. Le citoyen comme collaborateur de l'Administration – La concertation	56
A) La fin du cantonnement au domaine de l'urbanisme	57
B) Le peu de contraintes concernant l'organisation et les modalités de la concertation	57

IV. La participation locale, domaine privilégié de la participation citoyenne	58
A) Le référendum décisionnel local	59
B) La consultation locale et les conseils de quartier	60
1. Consultations locales et droit de pétition	60
2. Conseils de quartier	60
<u>Section 2</u> – Le CRPA : Innovation ou trompe l'oeil ?	61
I. Une codification en longue gestation	62
A) Volonté et échecs successifs	62
B) Comment codifier ?	62
II. Les quelques nouveautés apportées par le CRPA en matière de participation	64
III. La rénovation des dispositifs existants	65
A) La nouvelle simplification de l'enquête publique	65
1. Le champ d'application	65
2. Le régime des enquêtes publiques du CRPA	66
B) L'encadrement des commissions administratives à caractère consultatif	67
1. Envergure et lourdeur du modèle consultatif français	67
2. Modifications opérées par le CRPA : champ d'application, durée d'existence et fonctionnement	67
C) L'organisation des consultations ouvertes sur internet	68
Troisième Partie – Effectivité et respect du droit à participation	70
Chapitre 1 – Des possibilités de contrôle judiciaire en demi-teinte	70
<u>Section 1</u> – le contrôle large des agences fédérales	70
I. Les actes susceptibles de contrôle	70
A) Présomption de <i>reviewability</i>	70
B) Le point cardinal du contrôle : la doctrine de la déférence	71
1. Le concept de déférence administrative	71
2. Quand appliquer <i>Chevron</i>	71
3. Comment appliquer <i>Chevron</i>	72
4. La déférence envers l'interprétation faite par l'agence de ses propres règles	73
II. Quel administré pour intenter une action	74
A) Les conditions textuelles	74
B) Les conditions posées par la jurisprudence	74
III. Les deux principales modalités de contrôle	75

A) <i>Arbitrary and capricious</i>	75
1. Évolution vers un contrôle approfondi	75
2. L'exercice du contrôle selon la « <i>hard look review</i> »	76
B) Le grief de violation des règles procédurales	78
<u>Section 2</u> – Les modalités de contrôle en France : Éviter les annulations formelles	78
I. L'impact de la jurisprudence <i>Danthony</i>	79
A) L'appréciation pré- <i>Danthony</i> du caractère substantiel des vices	79
B) La jurisprudence <i>Danthony</i>	80
II. L'appréciation du caractère substantiel d'un vice de forme	81
Chapitre 2 – La participation, un écran de fumée	82
<u>Section 1</u> – Un faux outil de démocratisation	82
I. Un outil de légitimation aux mains des pouvoirs publics	83
II. Une représentativité des intérêts qui fait défaut	84
A) La théorie de la <i>regulatory capture</i>	84
B) Absence de participation profane et captation de la participation par les groupes organisés	85
<u>Section 2</u> – L'utilité de la participation en question : désintérêt et inégalités	87
I. Le citoyen a-t-il réellement envie de participer ?	87
II. La participation, miroir des inégalités	88
A) Inégalités sociales dans la participation	88
B) Critique élitiste de la participation et rejet de la participation de tous	89
Conclusion générale	92
Bibliographie	94
Annexes	102

Liste des abréviations importantes

. **ANPR** : Advance Notice of Proposed Rulemaking

. **APA** : Administrative Procedure Act

. **IRA** : Agence de régulation indépendante

. **NPR** : Notice of Proposed Rulemaking

. **OMB** : Office of Management and Budget

. **POTUS** : Président des États-Unis

. **SCOTUS** : Cour Suprême des États-Unis

Introduction - La participation comme réponse à une crise des modèles de gouvernement actuels

Section 1 – La démocratie représentative en panne ?

L'enjeu de la participation n'est pas nécessairement le même aux États-Unis et en France. Dans les deux cas il est vrai, on assiste à une crise de la démocratie représentative, avec une défiance chronique face au corps politique et un rejet de l'*establishment* et des institutions. Cependant, les États-Unis sont aussi fortement marqués par la peur de l'arbitraire pouvant survenir dans le cadre de l'action des agences fédérales de régulation. Ces dernières, exerçant de larges pouvoirs réglementaires en quasiment toute indépendance, sans contrôle, devaient nécessairement être encadrées. Ce qui a été fait en 1946 par le texte fondateur que constitue l'*Administrative Procedure Act*. En France par contre, la participation est vue comme un moyen non pas d'encadrer un pouvoir arbitraire mais de renforcer l'intégration citoyenne et l'implication dans la gestion publique, et par ce biais palier aux manques que présente la démocratie représentative classique.

I. Déficit de légitimité et méfiance face au système politique en place

Pour Scharpf, il y a deux composantes essentielles à la légitimité démocratique. D'une part il faut des mécanismes et procédures effectuant le lien entre les décisions politiques et les préférences du peuple, ce qui est classiquement incarné par le système des élections. D'autre part, il faut que ces procédures réussissent à produire des résultats concrets, c'est-à-dire à « *réaliser les objectifs dont les citoyens se soucient collectivement* »¹.

Pour autant nos deux systèmes sont ancrés dans le modèle « *libéral représentatif* »². La conception sous-jacente de la démocratie étant alors que « *l'autorité finale de la société réside dans le corps citoyen [...] qui a besoin de politiciens responsables mais sans que leur participation à l'action publique soit souhaitable* »³. Le rôle du citoyen est alors simplement de choisir périodiquement ses gouvernants par le biais des élections, sans qu'il n'ait à sa disposition d'autre moyen d'influencer l'évolution de l'action publique.

1 M. Scholten, « Democratic Input Legitimacy of IRA's – Proposing an Assessment Framework » ; in *Utrecht Law Review*, Vol. 11, 2015, cité p. 64

2 M. Ferree, W.A. Gamson, J. Gerhards et D. Rucht, « Four Models of the Public Sphere » ; in *Theory and Society*, n°31, 2002, p. 290-291

3 Ibid

En dehors du fait que cette conception est liée à une vision du citoyen comme étant au fond incapable de s'occuper – de près ou de loin – de la gestion de l'action publique, de par la technicité des sujets, elle est aussi très éloignée et complètement déconnectée des aspirations citoyennes actuelles. On voit en effet de plus en plus se développer l'aspiration à une gestion de l'État plus directe, plus transparente, moins le fait d'une « élite gouvernementale » formée dans un moule uniforme et persuadée de sa compétence. Cela se voit fortement au niveau local, mais des mouvements d'envergure nationale – comme par exemple l'éphémère Nuit Debout – sont aussi une incarnation de l'existence de ces revendications.

Pour palier à ces imperfections de la démocratie traditionnelle ont émergé depuis le début des années 70 plusieurs notions et concepts, présentant une certaine proximité tout en restant distincte. Il existe un large vocabulaire théorique lié à cette question de renouveau démocratique, et il est parfois difficile de faire la part des choses dans cet ensemble. Démocratie délibérative, participative, administrative ; ces différents concepts ont en commun la volonté d'un renouveau démocratique et l'idée que cela passera par l'implication croissante du citoyen dans la vie publique.

La participation est ainsi vue comme l'outil d'un renouvellement des structures institutionnelles. Mais cette notion de participation est protéiforme, différents modèles peuvent exister. Il y a une grande diversité des formes et outils participatifs, et de cette diversité il faut retenir que certains instruments visent pour les gouvernants à « *diriger la conduite des gouvernés* » alors que d'autres démontrent que « *la mobilisation des gouvernés leur permet de se donner des fins autonomes capables d'infléchir la manière dont ils étaient jusqu'ici conduits par les gouvernants* »⁴. Mais des traits communs sont observables, mettant en exergue l'aspect d'une redynamisation du gouvernement démocratique. La poussée de la mondialisation néolibérale, la crise de la démocratie représentative et la remise en cause de l'action publique traditionnelle ont conduit à l'apparition d'un « *nouvel esprit* » de l'action publique⁵. La participation a en effet une capacité potentielle de réorganisation du système institutionnel, qui reste marqué encore aujourd'hui par le gouvernement représentatif oligarchique.

4 P. Sauvêtre, « La problématisation de la participation à travers l'histoire de la gouvernementalité » ; in Participations, Cairn, n°6, 2013, p. 35

5 Id., p. 39

II. Théories délibératives et participatives, une connexité sans identité des notions

Il est important de distinguer les deux notions que sont la démocratie délibérative et la démocratie participative. Bien qu'ayant des liens entre elles et des visées communes, ces deux concepts passent par des chemins assez différents.

L'idéal délibératif passe par l'idée que ce sont « *la clarté et la loyauté de la procédure et du débat qui fondent la légitimité du débat* », et que « *ce qui est délibératif, c'est la procédure et non la décision* »⁶. Ce concept vient du philosophe Jürgen Habermas, qui a été le premier à le théoriser. Selon lui, « *le principe de la légitimité démocratique doit être recherché dans le processus de formation de la volonté collective, non pas dans cette volonté elle-même* »⁷. Ainsi l'important est seulement l'existence d'une discussion, d'un débat, d'un cheminement progressif au cours duquel parties prenantes à la décision et public ont été amenés à débattre. L'idée étant qu'en ayant débattu, et dans la mesure où les procédures en place permettent un débat utile et égalitaire, la légitimité de la décision est assurée.

La démocratie délibérative se rapproche sur ce point d'une volonté de recherche d'un consensus. Dans l'idée de démocratie participative cependant, l'idéal est d'une certaine manière moins contraignant. L'objet n'est pas d'atteindre un consensus entre administrés et Administration, ni même de fournir un lieu de débat – même si certaines procédures vont dans ce sens – mais simplement la possibilité pour le citoyen d'émettre des commentaires, lesquels ont plus une visée informative pour l'Administration. En commentant, le citoyen apporte potentiellement des informations que l'Administration n'avait pas prises en compte, des alternatives qu'elle n'avait pas vu. Cette nuance entre les deux optiques est certes légère, mais il est nécessaire de la soulever.

Dans les deux cas cependant, on a une « *demande de démocratisation, de partage du pouvoir et de reconnaissance du local face à un État tout-puissant* », face à une « *initiative qui est d'abord top down, des problèmes sociaux qui sont exacerbés et une crise de légitimité profonde qui touche le système institutionnel* »⁸. Les dispositifs mis en place sont extrêmement variés – jurys citoyens, budget participatifs, enquête publique, concertation locale etc. – mais ont une valeur et une utilité différente. Dans le cadre de cette étude ne seront envisagés que les mécanismes liés au

6 Rapport du Conseil d'État sur la participation, « Consulter autrement, Participer effectivement » ; 2011, p. 91

7 Ibid, cité p.94

8 M-H. Bacqué, H. Rey et Y. Sintomer, *Gestion de proximité et démocratie participative* ; Paris, La Découverte, Coll. Recherches, 2005, p. 9

pouvoir réglementaire de l'Administration, c'est-à-dire les procédures, obligatoires ou non, préalables à l'édition d'actes réglementaires.

Section 2 – À quoi répond la participation, et quels résultats vise-t-elle ?

La participation est « *l'activité des citoyens privés dans le but d'influencer le choix du gouvernement ou les décisions qui sont prises par le gouvernement* »⁹. L'objectif principal d'une étude de la participation citoyenne revient alors, outre la présentation des outils eux-même, à évaluer l'impact des instruments existant. Comment fonctionnent-ils ? Remplissent-ils leur rôle ? Sont-ils accessibles à tous ?

L'idée générale est « *que la participation améliore la gestion publique* »¹⁰, mais plus que ça, pour certain c'est un « *mouvement social plus global de mobilisation des couches populaires en vue d'une transformation profonde de la société* »¹¹. Cet aspect de justice sociale et de mobilisation des minorités, présente aux États-Unis, fait défaut aux expériences participatives françaises, qui restent dans une vision de la participation « *de l'ordre de l'écoute sélective, les décideurs effectuant seuls la synthèse des débats* »¹².

Une question à se poser est l'avantage d'un processus décisionnel associant le public face à une prise de décision classique. Certains aspects positifs vont toucher à la qualité même de la décision publique. En effet, la dimension informative de la participation est très importante. Les citoyens apportent des informations, points de vue, alternatives nouvelles pour l'Administration, qui, enfermée dans un carcan de pensée qui lui est spécifique, n'a pas forcément pu les voir. Autre avantage est la légitimation de l'action publique. Dès lors que l'administré est inclus dans le processus d'élaboration des décisions qui le concerne, il semble qu'il sera plus à même de les accepter, notamment au niveau local. Cet idée de légitimation de l'action publique, qui peut sembler positive d'un certain point de vue, n'est cependant pas exempte de critique.

Un autre avantage supposé de la démocratie participative est l'extension de la démocratie elle-même. On ne se limite plus à une « *ingénierie gestionnaire ou sociale* » mais on vise au

9 S. Verba, N.H. Nie et J. Kim, « Participation and Political Equality », Cambridge University Press, 1979, p.80

10 Y. Sintomer, « Délibération et participation – Affinité élective ou concepts en tension »; Revue Participations, n°1, 2011, p.257

11 Ibid

12 Id., p.259

contraire une « *transformation des relations civiques* »¹³. Le but des outils participatifs peut être de transformer la vision citoyenne, de permettre un apprentissage citoyen et un regain d'intérêt pour la gestion de la chose publique. Les instruments participatifs seraient ainsi une école de la démocratie, palliatif à la déconnexion croissante entre citoyen et vie publique. Outre ce regain d'intérêt, cela permettrait de plus un élargissement des points de vue au-delà des intérêts immédiats ou particuliers, et permettrait l'émergence d'une culture de proposition et non plus de simples postures revendicatives¹⁴.

Entre renouveau démocratique, question d'efficacité et de légitimité, la démocratie participative est un large champ de travail, tant aux États-Unis qu'en France. La modalité ultime de la participation est l'implication du citoyen dans l'action réglementaire de l'administration, outil le plus important de ce quatrième pouvoir. Dans ce cadre se pose la question d'un nouveau paradigme dans les conceptions traditionnelles de l'Administration, vue initialement comme étant en opposition totale au citoyen (Première Partie), qui se présente via des instruments variés aux contraintes et fonctionnalités très différentes (Deuxième Partie). Malgré cette présence accrue des possibilités de participation dans des paysages administratifs français et américains forts différents, ces deux systèmes se retrouvent face à la même question d'effectivité de la participation qui semble problématique sous bien des aspects (Troisième Partie).

13 M-H. Bacqué, H. Rey et Y. Sintomer, *Gestion de proximité et démocratie participative* ; Paris, La Découverte, Coll. Recherches, 2005, p. 31-32

14 Ibid

Première Partie – Traditions et systèmes administratifs :

l'Administration contre le citoyen

L'acte réglementaire, quel que soit sa forme, est l'outil principal à disposition des administrations tant américaines que françaises. C'est la représentation d'une certaine supériorité de l'Administration face au citoyen, exemple typique d'un schéma d'opposition entre gouvernant et gouverné (Chapitre 1), dont il est nécessaire d'étudier les bases pour commencer à appréhender l'action administrative (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une opposition initiale dans la conception de l'Administration

Quand on imagine l'Administration aux États-Unis et en France, force est de se dire que la conception de leur action et la vision que les citoyens ont d'elles doit être extrêmement divergentes, avec d'un côté un État très lié à l'idée d'une Administration puissante et très présente (Section 1) et de l'autre l'archétype de l'État libéral où prime l'initiative privée (Section 2).

Section 1 – Unilatéralité et omnipotence administrative française

De la chute de la monarchie jusqu'à aujourd'hui, force est de constater qu'« *un divorce existe entre l'Administration et la Société* »¹⁵, ce qui est normal car « *l'appareil politico-administratif s'est institutionnalisé en se différenciant et en se retranchant de la société civile pour mieux lui imposer sa maîtrise* »¹⁶. L'administration forme ainsi un milieu à part, en autonomie si ce n'est en autarcie, contribuant à des valeurs et pratiques constamment décalées face à la société. Fruit de son héritage historique, cette identité administrative (I) conduit très largement à un rejet citoyen, qui n'est pas sans ambiguïté, et qui est un des facteurs explicatifs de la montée en puissance de l'idéal participatif (II).

I. Une institution marquée par son histoire

L'Administration est une entité à part dans la société française. Vecteur tant d'une idée d'élite que de paresse, elle véhicule encore beaucoup de mythes. Ses origines historiques transparaissent

15 F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle* ; Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2ème éd., 1994, p.313

16 Ibid

tant par ce décalage que par la vision qu'elle entretient de l'administré ordinaire.

A) Une société traditionnellement décalée

L'Administration souffre encore aujourd'hui du poids des réflexes monarchistes et impériaux. Elle est inaltérablement marquée par la nature de ses origines, et elle a longtemps perpétué les schémas liés à l'Ancien Régime et à l'Empire alors même que les citoyens s'étaient substitués aux sujets¹⁷.

1. Les tendances propres de l'Administration – Distanciation et secret

La pratique de l'autorité est consubstantielle à l'idée d'administration. La gestion des affaires publiques implique nécessairement un pouvoir contraignant et une forme d'autorité. Mais cela s'est développé en une « *forme d'autoritarisme oublieux des finalités de l'action administrative : le service de l'intérêt public* »¹⁸.

On observe ainsi des attitudes hautaines et impérieuses venant de l'Administration dans ses rapports avec les particuliers. Ce comportement a survécu aux différentes transformations de l'Administration, et notamment au passage de celle-ci à un rôle principal de prestataire de service. L'administré devenu usager, il aurait été concevable de voir un rapprochement des pratiques administratives – du moins d'un point de vue du relationnel avec les individus – avec celles ayant lieu dans le privé. Pourtant cela n'a absolument pas été le cas, l'Administration est demeurée quasiment imperméable à tout changement de vision de ses rapports avec l'administré.

Cette distanciation s'accompagne de plus d'un culte du secret, ce mélange laissant survivre un risque de « *séparation du pays réel et du pays administratif* »¹⁹. Le culte du secret, qui n'a changé que très récemment, était le signe d'une tendance fondamentale de l'administration à voir le public non comme constitué de citoyens dotés de droits et devant être respectés, mais comme composé d'administrés, au sens d'objets passifs, sans pouvoir, tenus d'obéir et de se taire. Cette vision de l'administré transparaissait notamment par l'absence d'information et de publicité des faits administratifs internes, et une absence de droit à la connaissance des motifs d'une décision. Cet ensemble n'a d'ailleurs subi de changement normatif que relativement récemment, avec le

17 Id., p.335

18 Ibid

19 Ibid

mouvement de réforme de 1978-1979²⁰. Ainsi l'administration échappait avant à toute investigation et à toute pression : le public ne connaissait rien du processus d'élaboration des décisions le concernant, il n'en connaissait que le résultat²¹. Il est intéressant de noter d'ailleurs que cet aspect de l'action administrative est exacerbé en France par rapport aux États-Unis, qui ont toujours eu une culture de la transparence beaucoup plus prononcée.

Autre problème est la rigidité bureaucratique, cette dernière étant un « *conservatoire de traditions* »²². Ce qui est d'autant plus problématique que l'accélération des mutations – économiques, sociales etc. – qui est le lot du monde contemporain couplée à une pénétration de l'action administrative plus importante dans tous les secteurs de la vie collective conduit à creuser davantage le fossé entre l'Administration et son environnement.

2. La fonction publique, caste à part de la société

Les différentes réformes napoléoniennes ont eu pour effet d'individualiser le monde des agents publics, qui sont de ce fait devenus une caste à part dans l'ordre social, avec des codes et une culture propre. Les rapports entre l'Administration – non pas vue comme institution mais vue comme étant la somme d'individus – et les particuliers sont extrêmement importants. Chaque fonctionnaire, par son caractère, constitue un des visages de l'administration. Comme le note Jacques Chevalier, « *les relations entre l'administration et les administrés se caractérisent non pas par l'application d'un modèle uniforme et indéfiniment reproductible à base de distanciation et de contrainte, mais par une grande diversité : elles mettent en effet en présence des individus concrets, dont les positions sociales et/ou bureaucratiques, sont différentes et les ressources variables ; le contexte d'interaction qui en résulte est, dès lors, toujours spécifique* »²³.

L'administration constitue un milieu protégé. Les fonctionnaires bénéficient d'un grand nombre de protections et garanties, comme par exemple concernant le licenciement. Cela contribue à la vision qu'a le public de la fonction publique comme un corps de privilégiés, de paresseux, incapables de travailler et complètement isolé des contraintes que peuvent connaître les salariés du secteur privé. « *En France, les fonctionnaires sont une classe sociale, c'est l'aristocratie de notre*

20 Ibid p.337

21 J. Chevalier, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007, p. 343

22 F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle* ; Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2ème éd., 1994, p. 338

23 J. Chevalier, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007, p. 395

démocratie »²⁴, ce qui conduit inéluctablement à cette distanciation du public face à l'Administration, dont les fonctionnaires sont la représentation visible.

B) Identité administrative et soumission citoyenne

On ne peut pas lier l'identité administrative aux normes portant sur le statut de l'administration, celles-ci donnent une définition contingente de l'administration, liée à un contexte social, et indiquent non ce que l'administration est dans les faits mais ce qu'elle doit être²⁵.

Dans les faits, l'Administration est marquée par la centralisation jacobine et la culture du secret, ce qui induit une distance face à l'administré. L'Administration prend une position de hauteur face au citoyen²⁶, lequel est toujours perçu comme impropre à s'occuper, voire même à se préoccuper, de l'action publique. Cette « *distinction de l'État et de la société civile est au cœur de la pensée libérale : la paix sociale passerait par l'érection d'une instance neutre, indépendante et objective, entièrement placée sous le signe de la Raison, extérieure à l'univers des passions, des besoins, des intérêts, et capable, de ce fait, de ramener la société à l'ordre et à l'unité* »²⁷. Émerge l'idée de l'Administration comme seule à même de percevoir l'intérêt général, la société civile tendant naturellement à l'éclatement des intérêts et l'incapacité à penser le bien commun. Est porté un jugement de valeur sur le citoyen, et « *à la dévalorisation de la société civile correspondent la mythification et la sacralisation de l'État* »²⁸.

Il y a là une conception absolutiste de l'autorité, qui exclue toute possibilité de discussion avec les « assujettis », laquelle est liée à la « *professionnalisation [qui] transforme la fonction publique en un milieu fermé, assuré de la permanence, imbu de sa compétence et soudé par un fort esprit de corps* »²⁹.

Pour autant l'administration ne cherche pas que la soumission passive de l'administré à son action, mais vise au contraire à leur « *adhésion positive* »³⁰, à l'émergence d'une croyance dans le bien fondé de l'action et du pouvoir administratif. Ce qui est le cas dans une certaine mesure.

24 F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle* ; Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2ème éd., 1994, p. 317

25 J. Chevalier, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007, p. 75

26 Y. Thomas, *Histoire de l'administration* ; La Découverte, Coll. Repères, 1995, p.27

27 J. Chevalier, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007, p. 76

28 Id., p. 80

29 Id., p. 340

30 Id., p. 588

II. Vers un nouveau paradigme de l'action administrative

Du fait des nombreuses critiques qu'elle a subi, l'Administration est depuis une soixantaine d'années ancrée dans un large mouvement de fond de réforme de son fonctionnement et de son identité. Elle reste cependant toujours très critiquée, notamment dans la veine du comparatif avec le secteur privé et son efficacité supposée, mais de nouveaux mécanismes démontrent un certain changement de paradigme.

A) La remise en cause du « tout-public »

Le discours critique de l'action publique qui existe aujourd'hui est très fortement axé sur la critique de l'administration, dans son sens le plus bas, c'est-à-dire au niveau des administrations visibles, « *comme si la propension des Français à sacraliser l'État trouvait une compensation dans leur inclination à dénigrer les serviteurs* »³¹. En effet, l'attitude des administrés oscille entre deux pôles antagoniques, un pôle positif de reconnaissance, d'acceptation et d'adhésion, et un pôle négatif de refus, de contestation et de fuite. D'un côté les administrations sont l'objet d'une phobie populaire, et sont extrêmement critiquées, malgré une certaine déférence initiale liée à l'importance de leurs fonctions³², et de l'autre l'attachement à l'État et à l'importance de l'Administration comme institution est encore très fort.

Le déclin de l'État providence dans les années 1970, couplé à l'érosion du système de représentation sur lequel l'État a bâti sa légitimité³³, a conduit à une critique très forte de cette autoritarisme administratif, de la vision de la gestion publique comme supérieure à la gestion privée. Et de manière plus générale a mis à mal la conception de l'État comme mieux à même d'assurer la gestion des politiques publiques et « *capable d'avoir réponse à tout et de satisfaire les aspirations de chacun* », conduisant à ce que le « *dogme de la supériorité de la gestion publique se trouve ainsi battu en brèche* »³⁴.

31 F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle* ; Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2ème éd., 1994, p. 321

32 J. Chevalier, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007, p. 604

33 Id., p. 211

34 Id., p. 212

B) Un lent changement de mentalité

C'est cette crise de l'Administration qui a conduit au mouvement de réforme de la fin des années 1970 – lois relatives à l'informatique, à l'institution de la CNIL, à la liberté d'accès aux documents administratifs, à la motivation des actes administratifs – et en conséquence à l'avènement progressif de l'idée de démocratie administrative. Cette notion s'est couplée avec un intérêt fort pour la question de la participation citoyenne à l'action publique, qui bien que très prononcé à cette période s'est vite essoufflé. La participation implique un processus d'ouverture de l'administration, qui peut se présenter par divers degrés successifs. En tout premier vient la nécessité d'informer le citoyen, qui peut être considéré comme le degré zéro de la participation car bien qu'elle soit nécessaire à celle-ci elle n'en est pas. Viennent ensuite les mécanismes proprement participatifs, qui vont plus ou moins impliquer l'administré dans le processus décisionnel. De la simple consultation facultative aux mécanismes de démocratie semi-directe comme le référendum décisionnel local, en passant par la concertation, les possibilités de participation sont larges et protéiformes. Problème étant que « *la participation présente souvent un caractère factice, dans la mesure où elle ne confère aux intéressés que l'illusion du partage du pouvoir* »³⁵ dans le but de les convaincre du bien fondé de l'action administrative.

Autre concept très important, les années 90 ont été marquées par l'apparition d'une nouvelle figure, celle de l'administré-citoyen. Ce vocable de citoyen marque une rupture avec la conception traditionnelle de la relation administrative basée, notamment en France, sur une claire distinction avec la relation politique : citoyen dans l'ordre politique, l'individu n'était que sujet dans l'ordre administratif³⁶. Mais cette vision s'est estompée avec le rééquilibrage de la relation administrative, via notamment l'information et l'introduction de l'idée participative, conduisant *in fine* à l'idée de droits vis-à-vis de l'administration.

Section 2 – Les États-Unis, entre politique du laissez-faire et recherche du bien commun

L'idée d'Administration dans la pensée collective américaine est loin d'aller de soi. Pour beaucoup, l'Administration et l'État de manière générale, du moins au niveau fédéral, est un outil de gouvernement qui devrait être réduit à son plus simple appareil, de manière à laisser le libre champ

35 Id., p. 441

36 Id., p. 450

à l'initiative privée. Cette vision de l'État américain comme institué sur une politique de « *laissez-faire* » est très commune, même si elle a pu être fortement contestée (I). Elle est liée au rejet de l'autorité britannique et ses taxations, et en conséquence du système monarchique, et a conduit à l'institution d'un système de droit et de gouvernement qui, bien qu'influencé par l'héritage anglais, est assez nouveau³⁷ (II).

I. L'État de l'initiative privée – Un rejet apparent de l'ordre étatique

La vision classique de l'État américain au début de son histoire est celle d'un État faisant la part belle au contrat privé. Il est vrai qu'au départ de l'histoire américaine, il n'y a pas d'État administratif. La Constitution de 1787 est en effet silencieuse sur la question de l'Administration, et se borne à conférer le pouvoir exécutif au Président sans définir ce pouvoir ou expliquer comment il doit être organisé et utilisé³⁸. Le peu de réglementation fédérale existant à l'époque était une « *personal affair* »³⁹, toutes les questions importantes étant directement réglées par le Président.

L'appareil étatique était lui aussi très réduit, répondant ainsi à l'idéal jeffersonien de « *small government* ». Le gouvernement était ainsi limité à quelques départements exécutifs primordiaux – pour les affaires intérieures, les finances, la guerre et la justice principalement. Ainsi en 1800, l'ensemble des dépenses fédérales montaient à légèrement moins de onze milliards de dollars, pour un corps de fonctionnaire d'environ quatre mille personnes⁴⁰. L'État fédéral n'avait fondamentalement que peu d'impacts sur la vie quotidienne de ses citoyens.

Mais cela ne signifie pas pour autant qu'aucune forme d'Administration n'existait à cette époque, ni que les citoyens américains refusaient toute forme d'interventionnisme étatique dans la conduite de leurs affaires. Au contraire, c'est simplement que l'essentiel de la vie quotidienne était régulé par les États fédérés, qui disposaient eux d'un appareil administratif relativement conséquent, et avaient un champ d'action extrêmement vaste⁴¹.

La vision citoyenne de l'administration est encore structurée en bonne partie selon cette division entre acceptation de l'action des États fédérés et rejet de l'État fédéral. Cet état d'esprit

37 G. Gilmore, *Ages of American Law*, Yale University Press, 1977, p.19-40

38 G. O. Robinson, E. Gellhorn et H. H. Bruff, *The Administrative Process* ; 4th Ed., 1993, American Casebook Series, West Publishing Co., p.3

39 Ibid

40 Id., p. 4

41 W. J. Novak, *Salu Populi, The roots of regulation in America (1787-1873)* ; PhD Thesis at Brandeis University 1992, UMI 1992, p.4

général se retrouve par exemple dans une phrase de Pendleton Herring, pour qui « *la création d'un cabinet à la tête d'un large département composé de nombreux fonctionnaires n'augmentera pas la productivité du pays ne serait-ce que d'un sac de grains ; cela ne fera que créer de nouveaux postes à remplir pour les politiciens* »⁴². Mais cela ne signifie pourtant pas qu'il n'existait pas une conception du bien public au fondement du fonctionnement de l'appareil étatique ou dans l'esprit des administrés. Au contraire, Novak pense que la période précédant la guerre de Sécession est marquée par une telle vision, avec de « *fortes notions de prérogatives de souveraineté et de devoir fondamentaux du gouvernement issues de la common law, au milieu d'un ensemble de relations privées* », et l'idée des « *“droits de l'ensemble” – la société en général – comme primant sur les intérêts égoïstes des individus* »⁴³.

II. Émergence et croissance de l'idée régulatrice

L'émergence d'une véritable administration fédérale peut être considérée comme concomitante à l'institution en 1887 de l'*Interstate Commerce Commission*, première agence de régulation de l'histoire américaine. La fin du 19^{ème} siècle marque le début de la croissance des activités de régulation. Concernant de plus en plus de domaines et reprenant au compte de la gestion publique des activités auparavant privées, le système des agences a proliféré, avec par exemple la création de *Federal Trade Commission*, le vote du *Clayton Act* ou l'institution de la *Federal Reserve*⁴⁴. Mais la régulation connaît sa réelle explosion avec le *New Deal* de Théodore Roosevelt, qui marque l'arrivée de l'État providence. Cette période est essentiellement vue comme un moment d'intense régulation économique, ce qui est vrai, mais il faut aussi noter que de nombreuses nouvelles politiques publiques ont été mises en place. L'agriculture, les conditions de travail, les aides aux personnes âgées, les transports, la protection des consommateurs, le développement rural etc. ; l'ensemble de ces domaines furent profondément affectés par l'énorme quantité de régulation et de lois ayant pris effet à cette période.

C'est à ce moment qu'est arrivée dans la doctrine l'idée d'une « *quatrième branche sans tête de gouvernement* »⁴⁵, et la vision d'un système pouvant potentiellement dériver vers l'arbitraire si aucunes limites n'étaient posées à son pouvoir. La conséquence de cette expansion démesurée des pouvoirs administratifs suite à la Grande Dépression a été le vote de l'*Administrative Procedure Act*

42 Id., cité p. 6

43 Id., p. 57

44 C. M. Kerwin, *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 4^{ème} éd., CQ Press, 2009, p. 9

45 Id., P. 10

en 1946, dans l'objectif d'encadrer l'activité réglementaire de l'Administration.

Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, la réglementation n'a fait qu'augmenter en termes quantitatifs aux États-Unis, conduisant à la volonté de dérégulation, qui fut par exemple le principal argument de campagne de Ronald Reagan, et un des points importants de réforme voulue par Bush senior. Dans les deux cas, les tentatives présidentielles de dérégulation se soldèrent par des échecs. On leur doit des avancées, comme par exemple la création de l'*Office of Management and Budget*, en charge d'un certain contrôle des agences fédérales indépendantes, mais dans l'ensemble elles ne réussirent pas à stopper l'importance croissante de la réglementation administrative dans la vie des citoyens américains.

Chapitre 2 – Le pouvoir réglementaire, symbole de l'unilatéralité administrative

Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration se retrouve bien évidemment dans les deux systèmes étudiés. C'est une composante vitale au fonctionnement de tout système de gouvernement, l'Administration ayant la charge de régler les situations particulières que le législateur ne peut pas, via une loi par essence générale et abstraite, ni envisager ni régir. On retrouve en pratique tant en France (Section 1) qu'aux États-Unis (Section 2) des actes ayant la même portée et les mêmes effets, mais dans des classifications qui sont assez différentes.

Section 1 – L'acte administratif unilatéral français

L'acte administratif est « *au sens générique, [un] acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération administrative ; en général, on réserve cependant l'expression pour désigner ceux de ces actes qui ont un caractère unilatéral, par opposition aux contrats administratifs* »⁴⁶. Apparaît à travers cette définition la principale *summa divisio* du droit administratif, celle qui distingue entre les deux champs de l'unilatéralité et du contrat. Cette définition de l'acte administratif unilatéral par opposition aux contrats passés par l'administration est, bien que largement acceptée, trop approximative pour rendre correctement compte de la diversité des actes que peut prendre l'administration⁴⁷. Ainsi par la notion d'AAU il faudrait

46 G. Cornu, *Vocabulaire juridique* ; PUF, 10ème éd., 2014, p.20

47 B. Seiller, *Droit administratif – Vol. 2 – L'action administrative* ; Flammarion, Champs Université, 6ème éd., 2016, p.120

entendre « *un acte émanant d'une ou plusieurs personnes, et ayant pour destinataires des tiers à ces auteurs* »⁴⁸. L'objet n'est pas ici de faire une étude des moyens d'action de l'administration, mais il faut cependant dresser un tableau rapides des différents actes unilatéraux que peut prendre l'administration, de manière à délimiter ceux qui nous intéressent. La première distinction qu'il convient de faire est celle distinguant les actes décisives des actes non décisives (I) ; il faudra ensuite regarder comment au sein des actes décisives on distingue les actes réglementaires des actes non réglementaires (II), et quelle est la distinction finale que l'on retrouve au sein des actes non réglementaires (III).

I. La *summa divisio* : actes décisives et non décisives

La terminologie pour désigner ce type d'acte est relativement variée. Mais deux grands termes sont favorisés, et l'on parle soit d'acte décisive soit d'acte exécutoire. Le second terme semble cependant poser problème, dans la limite où il peut aisément prêter à confusion face à d'autres notions comme celle de décision exécutoire par exemple.

Un AAU décisive rajoute à la définition première de l'acte unilatéral qu'« *il produit des effets de droit intéressant les tiers* »⁴⁹, et ce sans que leur consentement ne soit requis. Ne peuvent ainsi être considérés comme ayant la qualité de décisions administratives que les actes répondant à ces deux critères, c'est-à-dire qu'il est question ici « *des actes juridiques se proposant de régler la conduite de groupes d'individus abstraitement définis aussi bien que d'individus déterminés* »⁵⁰. Ce qui nous amène naturellement à la seconde subdivision, celle qui nous importe le plus, entre les différents actes administratifs unilatéraux.

II. Généralité ou particularisme de l'action administrative

L'acte réglementaire, qui est l'objet de notre étude, est caractérisé par la généralité de la norme qu'il pose. « *Son objet est défini a priori, sans considération de ses destinataires. La norme édictée est voulue pour elle-même dans un champ donné* », et cette généralité « *implique presque toujours le caractère impersonnel des effets : celle-ci ne vise que des individus abstraitement définis* »⁵¹, et ce indépendamment du nombre de personnes qui sont régies par l'acte, dans la mesure

48 Ibid

49 *Association de défense et de protection de l'environnement de Saint-Côme-d'Olt*, CE, 3 juillet, 1998

50 B. Seiller, *Droit administratif – Vol. 2 – L'action administrative* ; Flammarion, Champs Université, 6ème éd., 2016, p. 130

51 Id., p. 149

où celui-ci s'adresse à un nombre indéfini d'individus dès lors qu'ils se trouvent dans une situation visée. C'est là que le juriste français aura du mal à appréhender la notion américaine d'acte réglementaire. En effet, la question de la généralité de la norme ne se pose pas en droit américain, du moins pas en tant que critère de définition de l'acte réglementaire.

L'acte non réglementaire, ou individuel, va au contraire être caractérisé par son objet particulier. Ainsi « *ce dernier ne pose pas une norme a priori, mais est destiné à l'application à un cas déterminé – particulier – d'une norme générale préexistante, qu'elle soit législative ou réglementaire* », sans pour autant que cela amène nécessairement le caractère personnel des effets des actes non réglementaires cependant⁵². On sera amené à s'apercevoir que l'acte réglementaire au sens américain recouvre plus ou moins tant la définition française de l'acte réglementaire que celle de l'acte non réglementaire, dès lors qu'il peut avoir une portée tant générale que particulière.

III. Les deux types d'actes non réglementaires

On a dans cette catégorie deux types d'actes : l'acte individuel et la décision d'espèce. La différence entre les deux est fondée sur le fait que l'acte individuel vise à conférer des droits ou imposer des obligations à des destinataires qui, indépendamment de leur nombre, sont expressément visés. À l'inverse, la décision d'espèce s'adresse, comme l'acte réglementaire, à des destinataires abstraitement déterminés. Ainsi « *cet acte a pour objet de décider l'application d'une norme générale préexistante à un cas particulier, indépendamment des personnes concernées* »⁵³. On a donc là une norme particulière ayant des effets impersonnels, là où l'acte individuel est une norme particulière ayant des effets personnels.

Section 2 – Prééminence des agences et bases du fonctionnement administratif américain

En dehors de la classification des actes que peut prendre l'administration (II), il faut faire un bref exposé du fonctionnement et de l'agencement de l'administration américaine en tant que telle (II). En effet la réglementation administrative passe principalement par les décisions des agences fédérales, sujet qui a pu amener à des controverses doctrinales.

52 Id., p. 150

53 Id., p. 153

I. Le système des agences fédérales, cœur de la réglementation dans le système américain

Le système administratif américain est, comme il a été dit précédemment, très largement fondé sur l'action des agences fédérales. Celles-ci sont la principale source, avec le pouvoir exécutif, des normes administratives et des différentes initiatives de régulation. Mais ce pouvoir réglementaire n'est pas exercé de la même manière selon les agences, qui sont de deux types.

A) Neutralité administrative et distinction entre types d'agences

Il est facile de faire un parallèle entre droit américain et droit français concernant la notion d'agence. Ces dernières sont plus ou moins l'équivalent de nos AAI, mais elles ont dans le système américain un rôle largement plus développé et sont à l'initiative de la très large majorité des réglementations existantes. L'U.S. Code définit les agences comme étant « *toute autorité du Gouvernement des États-Unis, qu'elle soit ou non soumise au contrôle d'une autre agence* »⁵⁴, avec ensuite une série d'exclusion touchant aux organes des pouvoirs législatifs et judiciaires et à certains domaines (e.g. le domaine militaire). Outre cette définition générale, il est nécessaire de faire une subdivision au sein des agences fédérales. Ainsi, on retrouve d'un côté les *Executive Regulatory Agencies*, et de l'autre les *Independent Regulatory Agencies*. Comme leurs noms l'indiquent, la distinction entre les deux repose sur une question d'indépendance, et ce notamment face à l'influence du pouvoir exécutif et donc du POTUS.

1. La prise d'indépendance des agences fédérales – l'arrivée de l'IRA

Initialement, lors de l'institution des premières agences fédérales, la question de leur indépendance face au pouvoir exécutif ne se posait même pas. D'un nombre très limité, et encore ancré dans un système de gouvernement restreint, l'idée d'une indépendance face à l'exécutif aurait semblé pour le moins incongrue. Ce n'est qu'avec la reconnaissance des agences comme étant la « *quatrième branche* » constitutionnelle⁵⁵ qu'il a fallu définir plus précisément le statut de ces régulateurs. La distinction entre agence exécutive et indépendante vient non d'un texte constitutionnel mais d'une décision de la SCOTUS, *Humphrey's Executor v. United States*⁵⁶, portant sur la révocation par Roosevelt d'un commissaire de la FTC en raison d'une divergence d'opinions

54 5 U.S. Code §551

55 Conception qui est aujourd'hui communément admise, e.g. *FCC v. Fox Television Stations Inc.* ; 556 U.S. 502, « *There is no reason to magnify the separation-of-powers dilemma posed by the headless Fourth Branch* »

56 295 U.S. 602, 1935

politiques. C'est dans cet arrêt que la Cour Suprême a pour la première fois considéré que le Congrès pouvait limiter ou même simplement enlever des mains du président le pouvoir de révocation des hauts-administrateurs d'une agence. C'est l'origine d'un des critères d'indépendance des agences fédérales, celui de la révocation «*for-cause*» c'est-à-dire pour faute. Suite à cette décision, «*les agences indépendantes étaient entièrement protégées de l'influence présidentielle tant du fait de leur cadre d'institution législatif que par cette couche supplémentaire de protection constitutionnelle*»⁵⁷.

2. Les outils de l'indépendance

Le critère de la révocation «*for-cause*» demeure encore aujourd'hui la principale caractéristique de l'indépendance d'une agence, et la plus importante. Cependant elle n'est pas la seule, et un nombre d'autres dispositifs permettent de garantir l'indépendance de cette catégorie très largement majoritaire d'agences (les agences exécutives regroupant, en dehors des départements ministériels, principalement le FBI, la CIA et l'*Immigration and Naturalization Service*).

§a – Révocation «*for-cause*» ou révocation discrétionnaire

La possibilité pour le pouvoir exécutif de révoquer librement et de manière discrétionnaire les «*têtes*» des agences fédérales est un outil qui assure au Président un respect de sa politique et de ses objectifs par le régulateur. C'est cependant un outil assez radical pour atteindre un tel objectif⁵⁸, qui implique des coûts politiques pour le pouvoir présidentiel. Dès lors une telle révocation n'aura lieu que si les bénéfices sont supérieurs aux coûts. La mise en place d'une révocation *for-cause* rend cette possibilité encore plus difficile, en ce que cela «*augmente les coûts politiques inhérents à la décision de révoquer le chef d'une agence pour le Président, dès lors que l'invocation de la clause de révocation for-cause rendra la révocation beaucoup plus saillante et susceptible à une contestation judiciaire*»⁵⁹.

57 K. Datla et R. L. Revesz, «*Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*» ; Cornell Law Review, n°98, 2013, p. 779

58 J. L. Entin, «*Synecdoche and the Presidency : The Removal Power as Symbol*» Case Western Reserve Law Review, n° 47, 1997, p. 1601

59 K. Datla et R. L. Revesz, «*Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*» ; Cornell Law Review, n°98, 2013, p. 787

§b – Mandat à durée déterminée

Certaines agences voient leur directeur être nommés pour l'exercice d'un mandat d'une durée déterminée. Cela ne va pas forcément de pair avec l'exigence d'une révocation *for-cause* (une des deux conditions pouvant exister sans l'autre dans certaines agences⁶⁰), mais même prise en elle-même, l'existence d'un mandat à durée déterminée permet une certaine indépendance face au pouvoir exécutif. En effet, même si le POTUS peut théoriquement révoquer comme bon lui semble le directeur de l'agence, *in fine* il devra ensuite se confronter au Sénat pour la nomination du prochain directeur, la Chambre haute du Congrès ayant le pouvoir constitutionnel de contrôle des nominations présidentielles.

§c – Structure collégiale

Une telle structure permet de diluer l'influence indirecte que peut avoir le Président via son pouvoir de nomination. En effet, les mandats de chaque administrateur ne courent pas nécessairement sur la même durée, et de ce fait le Président ne peut pas entièrement modifier d'un seul coup la direction d'une agence fonctionnant via une telle structure. Ainsi, on retrouvera au sein du collège décisionnaire un certain nombre d'administrateurs nommés par le Président en exercice, mais d'autres qui l'ont été par le Président précédent par exemple.

§d – Condition d'égalité partisane

Cette limite posée par le Congrès au pouvoir de nomination du Président, qui implique de respecter un équilibre entre les affiliations politiques des différents administrateurs d'une agence, permet de limiter la prise de position politique au sein d'une agence. Impossible pour le pouvoir exécutif d'avoir une agence exclusivement de son bord politique, plus prompte de ce fait à suivre la politique présidentielle à la lettre⁶¹.

B) L'exercice critiqué par les agences d'un pouvoir quasi-législatif

Un grand débat agite régulièrement la doctrine américaine dans le domaine du droit administratif. Cela concerne la possibilité même pour le législateur de déléguer une forme de

60 e.g. la SEC ou la FCC

61 K. Datla et R. L. Revesz, « Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies) » ; Cornell Law Review, n°98, 2013, p. 798

pouvoir législatif à un organe non dépendant de lui et non élu, c'est-à-dire simplement la délégation du pouvoir législatif à un organe non législatif, ici la « *quatrième branche* » du gouvernement. C'est sur le concept même de délégation de pouvoir que se cristallise le débat doctrinal. Pour les adversaires au pouvoir des agences, la possibilité pour les agences fédérales de prendre des règles ayant force de loi démontre l'existence d'une délégation de pouvoir législatif, inconstitutionnelle par essence. À l'inverse, pour les partisans de l'action administrative, majoritaires, il n'y a en fait pas de délégation du pouvoir législatif, mais simplement exercice d'un pouvoir d'exécution des lois.

1. L'administrateur, soutien nécessaire du législateur

L'action administrative n'est que très rarement remise en question. Dans nos systèmes de gouvernement, il est « *impossible de limiter l'élaboration des politiques au pouvoir législatif : la délégation de pouvoir dans un cadre législatif large est nécessaire pour un gouvernement efficace* »⁶². On retrouve pourtant certains critiques ardents de ce système, comme c'est notamment le cas de Philipp Hamburger qui a publié un livre entier sur le sujet⁶³. Ces critiques se fondent sur l'impossibilité pour l'organe législatif de déléguer ses pouvoirs pour considérer que le système entier des agences fédérales est inconstitutionnel. Mais les auteurs adoptant cette position sont très marginaux, et la doctrine majoritaire accepte entièrement l'« *Administrative State* » et le pouvoir des agences.

2. *Non-delegation doctrine* et pouvoir d'exécution

Le fondement même de l'action des agences, et le contre-argument à ses critiques, se fonde d'une part sur la nécessité d'un pouvoir administratif pour un gouvernement efficace, mais surtout sur le rejet de l'idée même qu'il existe une délégation de pouvoir législatif. Comme le rappelle Adrian Vermeule, il n'y a tout simplement « *pas de délégation de pouvoir législatif* »⁶⁴. En effet, il est admis que « *la délégation n'est pas celle du pouvoir de faire les règles ou d'en fixer les détails ; c'est une délégation d'autorité pour déterminer les faits et faire des prédictions qui auront pour effet de suspendre l'application de la loi, ou au contraire de lui faire prendre effet* »⁶⁵. L'ensemble de la théorie administrative est en accord sur ce point : le Congrès n'a jamais délégué de pouvoir

62 S. Rose-Ackerman, « Regulation and Public Law in Comparative Perspective » ; University of Toronto Law Journal, n°60, 2010, p. 522

63 P. Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful ?* ; Chicago University Press, 2014

64 A. Vermeule, « No – Review of Philipp Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful* » ; Texas Law Review, Vol. 93, 2015, p. 13

65 C. Herman Pritchett, *The American Constitution* ; McGraw Hill, 1959, p.175

proprement législatif aux agences, et il est admis que « *la fonction législative appartient au Congrès, et qu'elle ne peut être déléguée à une autre branche ou une autre entité* »⁶⁶. Est question donc au fond d'un simple pouvoir d'exécution des lois : au législateur de prévoir les règles, aux agences d'en concrétiser l'application, attribution que le premier est incapable d'exercer, que ce soit par manque de temps, d'expertise ou de connaissance.

Après cette présentation rapide de l'organisation administrative américaine, il faut s'atteler à un bref exposé des moyens d'actions qu'ont les agences pour mettre en œuvre leur politique de régulation, ces moyens étant similaires tant pour les agences indépendantes que pour les agences exécutives.

II. Les modalités d'action à disposition du corps administratif américain

A) La distinction tenue entre *rule* et *order*

La notion de règlement aux États-Unis peut sembler de prime abord difficile d'appréhension pour le juriste de droit continental, et d'autant plus pour le juriste français. En effet, la *rule* est définie dans l'APA comme « *tout ou partie de la déclaration d'une agence, d'applicabilité particulière ou générale, et d'effet future, conçue pour mettre en place, interpréter ou prescrire une loi ou une politique ou décrivant l'organisation, la procédure ou les conditions pratiques d'une agence* »⁶⁷. Il est surtout étonnant de voir que le règlement au sens américain peut-être une norme d'application tant particulière que générale. Peut donc être visé tant un groupe indéterminé de destinataires que des destinataires précis et nommément désignés. Les *orders* (décisions) sont quant à eux définis comme « *tout ou partie de la disposition finale d'une agence, qu'elle soit affirmative, négative, injonctive ou déclaratoire, dans un domaine autre que la réglementation mais incluant tout de même la délivrance de licences* »⁶⁸.

Problème étant qu'il n'est souvent pas aisé de distinguer entre règlement et décision dans le système américain. En effet, les agences peuvent, au cours d'une procédure d'*adjudication*, laquelle est supposée aboutir sur une décision, finir par émettre un règlement, ou une décision ayant valeur de précédent et donc essentiellement la même portée qu'un règlement⁶⁹. Il est donc impossible pour

66 *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 1996

67 5 U.S. Code §551(4)

68 5 U.S. Code §551(6)

69 J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5th Ed., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 44

faire une véritable distinction entre les deux de se fonder sur la procédure précédant l'édiction de l'acte ou sur sa portée individuelle ou générale. Le critère de distinction le plus simple est celui de la temporalité. Là où le règlement est pris pour réguler un comportement futur et encadrer ce comportement, la décision est une réaction à un comportement passé qu'il vient évaluer.

B) La classification des actes réglementaires, enjeu important pour la participation publique

Il est important de distinguer les différents types de règlements que peut prendre une agence, dès lors que cela a un impact sur l'obligation ou non de recourir à la procédure de *notice and comment* pour édicter l'acte. On peut ainsi faire une distinction entre quatre principaux types de règlements.

1. Les règles « législatives »

Ces règles sont celles qui constituent le cœur du travail de régulation opéré par les agences. Aussi appelées règles « *substantielles* », elles peuvent être définies comme étant des « *standards juridiquement contraignants d'applicabilité générale qui doivent être autorisées par la loi d'habilitation en cause dans le but de mettre en place un programme particulier* »⁷⁰. Ce sont donc des textes ayant force de loi, qui accordent des droits, imposent des obligations, ou produisent tout autre effet significatif sur des intérêts privés, ce qui justifie le recours obligatoire à la procédure de *notice and comment* en ce qui les concerne.

2. Les règles interprétatives

Une définition possible de ces règlements est de dire que ce sont des « *règles servant à aviser le public de la vision qu'a l'agence des lois et règles qu'elle administre* »⁷¹. De manière générale, de telles règles ne créent pas d'effet contraignant d'un point de vue légal, car elle ne commande pas à des personnes visées de faire ou ne pas faire quelque chose. Elles ne servent qu'à donner plus de sécurité juridique aux administrés, en les éclairant sur la façon dont est interprété les règles et la loi que l'agence a la charge de mettre en œuvre. Le critère de distinction entre ce type de règles et les règles législatives est la question de savoir si, en conséquence de l'édiction de la règle,

70 W. West, « Administrative Rulemaking, An Old and Emerging Literature » ; *Public Administration Review*, Vol. 65 n°6, 2005, p. 655

71 J. T. O'Reilly, *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* ; James T. O'Reilly, 2016 Ed., Thomson Reuters, p.12

il y a un « *changement substantiel de la régulation existante* »⁷².

La question de la distinction entre règles interprétatives et règles substantielles est primordiale, en ce qu'elle détermine toute l'applicabilité de la procédure de *notice and comment*. Mais même si la question est résolue plutôt facilement au moment même où l'agence édicte pour la première fois une règle d'interprétation⁷³, un problème s'est posé concernant la modification de l'interprétation faite par l'agence et la nécessité ou non de recourir dans ce cadre à la procédure de *notice and comment*⁷⁴. Dans un premier temps a prévalu l'*Alaska Hunters Doctrine*, non confirmée par la SCOTUS, qui voulait « *qu'une fois qu'une agence a donné une interprétation à sa régulation, elle ne peut la changer que comme elle le ferait pour modifier la régulation elle-même : via la procédure du notice and comment* »⁷⁵. Cette doctrine a tenu pendant presque vingt ans, malgré quelques dissidences ponctuelles⁷⁶, mais la SCOTUS a finalement pris la position inverse l'année dernière. Par une décision unanime dans l'arrêt *Perez v. Mortgage Bankers Association*⁷⁷, la Cour Suprême a ainsi considéré que l'*Alaska Hunters Doctrine* était contraire à l'APA, et que seules les dispositions législatives devaient être édictées suite à une procédure de *notice and comment*.

3. Les règles procédurales et les déclarations de politique générale

Ces deux types de règles ont une importance moindre que les deux premières, dans la mesure où il est plus évident qu'elle n'ont pas à être soumises à la procédure de *notice and comment*, et qu'elles présentent moins de problèmes de distinction.

§a – Règles procédurales

Ces règles sont en principes exemptes de l'obligation de *notice and comment*. Cependant, les juges vont quand même regarder en cas de contestation si la règle contient un jugement de valeur substantiel ou approuve ou désapprouve un type de comportement, auquel cas l'intervention d'une

72 514 U.S. 87, 1995

73 Le principe étant que personne n'a droit à une interprétation particulière des textes, conduisant ainsi à l'absence d'obligation de recourir au *notice and comment*

74 N. Johnson, « Flexible Rulemaking And The Limits of The Alaska Hunters Doctrine » ; *Ecology Law Quarterly* 2011, p.495-602

75 *Alaska Professional Hunters Association v. Federal Aviation Administration* (D.C. Circuit Court, n°98-1051, 1999), reprenant le raisonnement de l'arrêt *Paralyzed Veterans of America v. D.C. Arena L.P* (D.C. Circuit Court, n°97-7005 *et al.*, 1997)

76 La 10th Circuit Court prenant par exemple une position quelque peu divergente dans l'arrêt *United States v. Magnesium Corporation of America* (10th Circuit Court, n°08-4185, 2010)

77 N°13-1041, texte intégral à https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1041_0861.pdf

procédure de *notice and comment* est nécessaire⁷⁸. De manière générale, les règles procédurales sont celles qui sont « *principalement dirigées vers l'amélioration de l'efficacité et de l'efficacités des opérations de l'agence, et non vers une détermination des droits et intérêts des parties affectées par la régulation* »⁷⁹.

§b – Déclarations de politique générale

Ce sont les déclarations faite par une agence indépendante qui visent à avertir en avance le public de la façon dont elle compte exercer ses pouvoirs discrétionnaires. De telles déclarations ne sont pas des normes, pour la simple raison qu'elles ne déterminent pas de manière définitive le problème ou le droit concerné, et elles sont de ce fait en principe exemptées des obligations inhérentes au *notice and comment*. Le pouvoir judiciaire a élaboré un test en deux temps pour déterminer si la déclaration remplissait bien les conditions nécessaires au bénéfice d'une telle exemption⁸⁰ : (1) la déclaration ne joue que pour le futur, sans quoi c'est une norme contraignante, ce qui signifie donc qu'une déclaration de politique générale ne peut pas avoir d'effet immédiat (2) la déclaration laisse réellement l'agence libre d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

Deuxième Partie – L'émergence d'une participation à l'action administrative

Chapitre 1 – La participation aux États-Unis, une pratique bien ancrée

Le système administratif américain est fondé de longue date sur une pratique d'implication du public au processus de décision. Cependant, cette possibilité était, en dehors de textes l'encadrant, contingente à la volonté de chaque agence de régulation (Section I), et source de ce fait d'une grande disparité selon les sujets. L'intervention de l'APA a fini par consacrer ces pratiques, et est en cela un outil précurseur de la participation (Section II).

⁷⁸ *American Hospital Association v. Bowen* ; D.C. Circuit Court, n°86-5579, 1987

⁷⁹ J. T. O'Reilly, *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* ; James T. O'Reilly, 2016 Ed., Thomson Reuters, p. 13

⁸⁰ *American Bus Association et al. v. United States and ICC*, D.C. Circuit Court, n°79-1214, 1980

Section 1 – Existence et fragilité de la participation sans cadre normatif

Initialement, les agences fédérales étaient vues comme des organes quasi-judiciaires plus que comme des organes de réglementation générale. En effet, elles conduisaient leurs affaires principalement via la prise de décisions individuelles, guidées par des standards législatifs ne précisant guère plus que la nécessité d'une action « *dans le sens de l'intérêt public* »⁸¹. Avec l'expansion du champ d'action des agences fédérales, qui commençaient à assumer ouvertement des fonctions de réglementation générale, le pouvoir judiciaire a dû tenter d'encadrer l'exercice de ces fonctions en promouvant la participation publique, ce qui en pratique fut acté dans un grand nombre d'agences. Ce développement reflète tant l'idée que la promulgation de réglementations générales ayant des implications très larges ne pouvait qu'être injuste en l'absence d'une participation des intérêts concernés que la prise de conscience de l'énormité du pouvoir possédé par les agences et du manque d'encadrement législatif.

Les cinquième et quatorzième amendements imposent aux États le respect du *due process* dans tous les cas de privation de liberté, de propriété ou de vie. Cette exigence a deux facettes, l'aspect procédural qui implique de devoir laisser à l'individu l'opportunité d'une audience, et l'aspect substantiel interdisant à l'État d'agir de manière arbitraire⁸². L'aspect procédural est ainsi dépendant de l'aspect substantiel, dès lors que, par exemple, sans l'obligation substantielle d'impartialité, toute audience ne serait qu'une formalité sans impact. Dans l'autre sens, les obligations de notification et de tenue d'audience renforcent les garanties substantielles en servant de sauvegardes contre l'action arbitraire de l'État. L'idée étant qu'en donnant la possibilité aux parties de présenter leurs preuves et leurs points de vue, le gouvernement est à même de prendre la meilleure décision possible après avoir pris en considération tous les facteurs nécessaires.

Cependant, traditionnellement le versant procédural a été considéré comme étant inapplicable aux contextes quasi-législatifs. En conséquence, les droits de participation des individus sont susceptibles de varier grandement selon la fonction exercée par l'agence fédérale – fonction de réglementation ou fonction quasi-judiciaire –.

Le risque d'arbitraire lié à une absence du minimum que constitue le *due process* dans le cadre de la procédure réglementaire a conduit à une crainte de ce « *quatrième pouvoir* » que

81 E. R. Sinaiko, « Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking » ; California Law Review, Vol. 63, 1975, p.886

82 Id., p. 890

constitue l'administration, et partant la nécessité de l'encadrer. La multiplication des agences et leur fonctionnement, un système bureaucratique d'experts indépendants du pouvoir exécutif et dont la révocation n'est possible que pour cause, c'est-à-dire pour l'équivalent d'une faute personnelle, a créé le besoin d'un encadrement du système de *rulemaking* administratif. C'est là la raison principale de l'édiction de l'APA, qui vise à combler le déficit démocratique inhérent au système des agences fédérales par une construction procédurale permettant la représentation des intérêts affectés, pourvoyant ainsi une nouvelle source de légitimité à l'action administrative et aux activités de régulation.

Section 2 – L'APA et l'encadrement procédural de la participation

L'APA prévoit et encadre quatre types de procédures différentes, que l'on peut séparer en deux groupes : d'un côté les procédures de *rulemaking*, avec une procédure formelle et une procédure informelle ; et de l'autre les procédures d'*adjudication*, avec ici aussi la distinction entre procédure formelle et informelle. Il est nécessaire de distinguer dans un premier temps entre procédure réglementaire et *adjudication* (I), pour ensuite s'attacher à la question de l'initiative des procédures réglementaires (II) puis à leur présentation (III).

I. Les deux moyens d'actions de l'administration – distinction entre *rulemaking* et *adjudication*

La procédure d'*adjudication* relève du pouvoir quasi-juridictionnel des IRA, et il est d'ailleurs important de noter qu'en termes quantitatifs, « *les adjudication administratives constituent un exercice de gouvernement bien plus vaste que l'ensemble des cas examinés par les cours civiles et criminelles* »⁸³. Cette catégorie de procédure est initialement liée à l'idée de « *due process of law* », c'est-à-dire au principe selon lequel nul individu ne peut être privé de « *sa vie, sa liberté ou sa propriété* » sans que n'interviennent certaines garanties procédurales⁸⁴, celles-ci étant au départ plus que limitées, dès lors qu'elles n'impliquaient que le droit d'être notifié et celui d'être entendu. Le *due process* dans le cadre administratif n'étant pas la même chose que le *due process* tel qu'on le connaît dans la branche judiciaire, les juridictions américaines n'ont jamais demandé à ce que soient respectées l'ensemble des garanties du procès. Cependant, il est nécessaire que soient respectés les

83 J. L. Marshaw et R. A. Merrill, *Administrative Law – The American Public Law System* ; 2ème Éd., American Casebook Series, West Publishing, 1989, p.174

84 B. Schwartz, *American Administrative Law* ; Pitman Publishing Corporation, 1950, p. 70

standards basiques d'une bonne notification et d'une audience juste et équitable⁸⁵, ces derniers étant « essentiels tant pour la validité de l'adjudication que pour le maintien de la confiance publique envers la valeur et le caractère raisonnable de ce processus gouvernemental fondamental »⁸⁶. Mais le droit américain est allé plus loin que les simples nécessités inhérentes au *due process*. Outre la notification adéquate et l'obligation de tenir une audition, les détails de la procédure formelle d'*adjudication* sont prévus dans l'APA et dans les différentes lois d'habilitation, lesquelles posent des exigences largement plus contraignantes que celles inhérentes au *due process*.

L'*adjudication*, qui est de fait un procès administratif, doit respecter quelques principes importants : 1) une notification adéquate en temps et en heure 2) le droit de comparaître personnellement ou avec un représentant 3) le droit à un interrogatoire et un contre-interrogatoire des témoins 4) une procédure publique 5) un décisionnaire impartial 6) une décision fondée uniquement sur les preuves et faits inscrits dans le compte-rendu d'audience 7) des conclusions écrites et motivées en droit et en fait⁸⁷.

La procédure peut être scindée en deux étapes. D'abord la notification, qui suit une période d'enquête préliminaire accomplie par le personnel de l'IRA visant à déterminer la nécessité d'une prise de décision. Cette notification doit être délivrée à la partie concernée et doit au minimum préciser « la nature des accusations portées à son encontre, de manière à ce qu'il puisse se défendre »⁸⁸, sachant que les règles propres à chaque agence (que ce soit celles inscrites dans leur propre règlement de procédure, ou celles prévues par la loi d'habilitation) s'appliquent de surcroît. La deuxième étape est celle de l'audience. Celle-ci est présidée par un officier-auditeur ayant des pouvoirs quasiment analogues à ceux d'un véritable juge, et il est choisi parmi les fonctionnaires de l'agence. Se pose ici un problème d'impartialité. En effet, les officiers-auditeurs ont tendance à être biaisés en faveur de la position de l'agence administrative⁸⁹, qui reste leur employeur et dont ils sont a priori dépendants. En dehors des efforts fournis par les agences même pour tenter de résoudre ce problème d'indépendance, c'est principalement l'APA qui s'est attaqué à la question. Est ainsi prévue l'impossibilité de révoquer l'officier-auditeur autrement que pour « bonne cause », ce qui correspond plus ou moins à notre standard de la faute personnelle, laquelle cause doit être établie par un organisme indépendant⁹⁰ après une audience du fonctionnaire au cours de laquelle celui-ci

85 Id., p.71

86 Opinion du Chief Justice Hughes, adjointe à la décision *Morgan v. United States*, 304 U.S. 1, 1937

87 J. L. Marshaw et R. A. Merrill, *Administrative Law – The American Public Law System* ; 2ème Éd., American Casebook Series, West Publishing, 1989, p.176

88 *Abrams v. Daugherty*, 60 Cal. App. 297, 1922

89 J. M. Landis, *The Administrative Process* ; Yale University Press, 1938, p. 104

90 *La Civil Service Commission*

aura pu se défendre.

II. L'initiative du processus réglementaire

La décision d'une IRA d'édicter une *rule* peut venir de différentes sources. Il est ainsi possible de distinguer trois grands types d'initiative. D'un côté l'Administration a évidemment toute liberté quant à sa décision de réglementer ou non un secteur d'activité, c'est une prérogative discrétionnaire et on ne peut contester sa décision ou son absence de décision à ce sujet. En dehors de cette initiative libre de la direction ou du personnel, deux autres types d'initiatives viennent s'ajouter. Des initiatives lié à un jeu d'influence et de pression, mais surtout la possibilité d'une initiative participative, avec l'existence d'un droit de pétition.

A) Initiatives informelles et jeu de pressions politiques

Trois types d'acteurs sont susceptibles de peser sur le pouvoir réglementaire des agences et sur sa liberté de réglementation. On trouve d'abord les acteurs institutionnels classiques, qui peuvent de par leur position peser sur les choix de l'agence. Le pouvoir exécutif a ainsi un large pouvoir en la matière, malgré le caractère « indépendant » des agences administratives. Que ce soit par l'influence directe du POTUS, qui peut décider d'adresser une demande (qui s'apparente plus en réalité à une injonction qu'il est *in fine* très difficile de refuser) informelle au personnel dirigeant de l'agence⁹¹ ; ou par une influence indirecte de l'exécutif, via des « suggestions » de l'OMB et de l'OIRA, qui étant en charge du contrôle de l'activité de toutes les agences fédérales, ont tendance à être écoutées. De la même manière, le pouvoir législatif et donc le Congrès peuvent avoir une influence forte sur la réglementation des agences. En effet, le Congrès vote le budget fédéral américain, ce qui inclut le budget des agences fédérales. Ce budget étant structuré de manière très précise (par agence), le législateur peut ainsi faire pression sur certaines agences en les menaçant de réductions budgétaires pour les forcer à agir⁹². Outre cette méthode informelle, le Congrès peut aussi évidemment ordonner l'adoption d'une règle administrative sur un sujet particulier par une directive légale. La troisième forme d'initiative informelle que l'on est amené à retrouver concerne les acteurs des secteurs régulés par les agences. En effet, ces opérateurs peuvent tenter d'influencer l'agence en leur faveur, par du lobbying, des communications avec les employés de l'agence pour les sensibiliser à leurs intérêts etc ...

91 J. T. O'Reilly, *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* ; James T. O'Reilly, 2016 Ed., Thomson Reuters

92 Ibid

B) Première apparition de la participation – le droit de pétition

Le droit de pétition est issu de l'APA⁹³, qui prévoit simplement la possibilité pour chaque personne de faire une demande à une agence dans le but de voir une règle être établie, amendée ou supprimée. Il est dérivé du *right to petition* constitutionnel issu du premier amendement, appliqué ensuite à des domaines particuliers par des dispositions légales comme c'est le cas ici. La SCOTUS a eu l'occasion de définir ce droit comme « *faisant partie des plus précieuses libertés protégées par le Bill of Rights* », et comme étant consubstantiel au « *concept même de gouvernement* »⁹⁴.

Dans le champ de l'action administrative des IRA, la version du droit consacrée par l'APA n'est pas circonscrite aux seules règles substantielles, c'est-à-dire aux *rules* soumises dès leur procédure d'élaboration aux exigences du *notice and comment*. En effet, le droit à pétition concerne aussi les interprétations et déclarations de politique générale faites par l'agence, ainsi que ses règles d'organisation et de procédure⁹⁵.

La procédure d'examen des pétitions qui sont soumises aux IRA est en principe librement déterminée par celles-ci. Certaines lois d'habilitation particulières vont cependant poser des règles spécifiques, comme c'est par exemple le cas avec le *Toxic Substances Control Act 1976*, qui prévoit que l'EPA doit prendre une décision concernant les demandes de pétition dans un délai maximum de 90 jours. La SCOTUS a quand même posé quelques principes basique concernant la procédure d'examen dans sa décision *Auer v. Robinson*⁹⁶. Ainsi, a-t-elle pu déclarer que « *la procédure est expressément prévue par l'APA : une pétition pour l'édiction d'une règle, §553(e), le refus de laquelle doit être justifié par une décision motivée, §555(e), laquelle peut ensuite être contestée devant les juges, §§702 et 706* ».

En pratique, les demandes faites par les administrés prennent la forme d'un argumentaire construit, accompagné par des études empiriques relativement fournies et des arguments de politique réglementaire. Comme toute décision administrative, la décision refusant de donner droit à une pétition est susceptible de recours devant le juge administratif. Les agences fédérales le savent et vont du coup prendre beaucoup de précautions concernant la motivation de la décision de refus, faisant attention à présenter un argumentaire fourni de manière à bénéficier de la déférence judiciaire et de la doctrine *Chevron*⁹⁷. Un bref examen de la jurisprudence permet de se rendre

93 5 U.S. Code §553(e)

94 *United Mine Workers of America v. Illinois State Bar Association et al.* ; 389 U.S. 217, 1967

95 J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5th Ed., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 178

96 519 U.S. 452, 1997

97 J. T. O'Reilly, *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* ;

compte que les agences bénéficient d'un large pouvoir discrétionnaire pour refuser d'agir suite à une demande de pétition⁹⁸, le standard d'examen restant le test de l'*arbitrary and capricious*. In fine, les juges n'accepteront un recours contre une décision de refus dans les seuls cas où l'argumentation des requérants fondant leur demande était extrêmement fournie, avec des arguments légaux, empiriques et de politique publique percutants (e.g. *Massachusetts v. EPA*⁹⁹, *Public Citizen v. NRC*¹⁰⁰), ou dans les cas d'erreurs de droit flagrantes (e.g. *Wildearth Guardians v. Salazar*¹⁰¹).

En ce qui concerne les conséquences d'une annulation, cela ne veut pas nécessairement dire que l'IRA sera obligée de répondre positivement à la demande de pétition. Elle pourra décider de le faire, mais le plus souvent elle se contentera de prendre une nouvelle décision de refus mieux argumentée et mieux fondée, de manière à remplir les conditions du contrôle judiciaire.

Le droit de pétition est un bel outil participatif. Malgré les refus nécessairement nombreux, il est presque certain qu'une administration peut être sensible et avoir une oreille ouverte aux suggestions émanant du public dans la mesure où elles sont bien étayées et argumentées, et ne semblent pas contredire le sens de son action. C'est un instrument permettant potentiellement de combler les lacunes de l'administration, ou de l'éclairer quand elle a des oreilles.

III. Les procédures participatives instituées par l'APA

A) Une réponse à la peur de l'arbitraire et au problème de légitimité de l'action publique

Le problème d'un pouvoir administratif édictant des règles quasi-légales ayant force de loi envers les individus reste toujours le même : il faut s'assurer de sa légitimité, pour prévenir le risque d'un arbitraire total de l'action publique. La réglementation administrative est nécessaire dans tout système politique contemporain. L'existence d'une bureaucratie est inévitable, car il est impossible pour le législateur de prévoir toutes les situations possibles et de régler toutes les problématiques envisageables par des textes de lois généraux, d'autant plus avec la multiplication des services publics ou des agences qu'ont connu les sociétés américaines et françaises. Reste que ce pouvoir discrétionnaire exercé par une quatrième branche institutionnelle complètement indépendante face à l'élection est une menace pour la responsabilité politique et la légitimité démocratique de nos

James T. O'Reilly, 2016 Ed., Thomson Reuters, p. 145

98 Id., p. 147

99 549 U.S. 497, 2007

1009th Circuit Court, n° 07-71868, 2009

101 U.S. District Court, District of Columbia, n°10-01174, 2012

modèles politiques, qui exigeraient que les choix importants soient faits par des représentants élus¹⁰².

Trois facteurs rentrent en jeu dans l'évaluation de la légitimité d'une autorité décisionnaire : l'existence d'une autorisation, l'existence de garanties contre un exercice arbitraire du pouvoir, et un système de responsabilité¹⁰³. C'est ce qu'apportent les procédures participatives prévues par l'APA, tant la procédure formelle que la procédure informelle, la première reprenant les dispositifs de la seconde en y ajoutant des étapes très contraignantes pour l'administration. Le facteur autorisation est présent avec la possibilité pour les citoyens de participer à l'élaboration de la norme en la commentant, la question des garanties est remplie dès lors que les agences sont dans une certaine mesure obligées de prendre en compte ces commentaires, et la nécessité de responsabilité est remplie, *de facto* si ce n'est *de jure*, par une forme de contrôle du Congrès et du Président¹⁰⁴.

B) La procédure formelle, une procédure quasi-judiciaire

Il est nécessaire de la mentionner, bien qu'en pratique son importance est quasiment inexistante. Beaucoup plus lourde et compliquée à mettre en place, elle n'est utilisée que dans des cas très spécifiques, représentant en pratique très peu de situations. Le qualificatif de formel qui est utilisé pour définir la procédure vient du fait qu'elle emprunte de nombreuses caractéristiques à la procédure formelle d'*adjudication*, et a un aspect de quasi-procès. Ainsi, elle est basée sur une audition présidée soit par un juge administratif soit par un commissaire, dont l'impartialité et l'indépendance décisionnelle sont assurées par une séparation du reste du personnel de l'IRA et diverses garanties de carrière¹⁰⁵. L'existence de la procédure formelle traduit les débats ayant eu lieu au Congrès avant l'adoption de l'APA, et l'influence de certains groupes d'intérêts qui, sans avoir le poids pour empêcher les délégations de pouvoir aux agences fédérales, ont cependant eu un poids suffisant et l'oreille d'un assez grand nombre de députés pour obtenir la mise en place d'une procédure lourde ralentissant énormément l'adoption de nouvelles régulations¹⁰⁶. De ce fait, la procédure formelle est principalement utilisée pour la réglementation de problèmes ne touchant qu'un nombre limité d'administrés. Elle est impraticable dans les enjeux touchant un grand nombre

102G. C. Bryner, *Bureaucratic Discretion – Law and Policy in Federal Regulatory Agencies* ; Pergamon Government and Politics Series, Pergamon Press, 1987, p.2

103M. Scholten, « Democratic Input Legitimacy of IRA's – Proposing an Assessment Framework » ; *Utrecht Law Review*, 2015, p. 74

104Id., p.75

105D. Custos, « The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies » ; *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54,2006, p. 626

106G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

d'acteurs différents, en ce qu'elle entraînerait un allongement considérable des délais d'adoption, vu le nombre de personnes devant être entendu pendant l'audition, ainsi que des frais de gestions anormalement élevés. Cela entraînerait une « *paralysie quasi-instantanée de l'appareil administratif* »¹⁰⁷, et pourrait décourager bonnement et simplement l'administration de régler un domaine qui pourrait pourtant en avoir besoin.

1. Les rares hypothèses de recours à la procédure formelle

Le recours à la procédure formelle, hors par une décision libre de l'agence de la mettre en place, ce qui au vu des contraintes que cela implique n'arrive que dans des cas extrêmement rares, est strictement encadré et ne se retrouve que dans un nombre de situations limité. La Section 553(c) de l'APA prévoit l'obligation de passer par cette procédure dans les cas où la loi d'habilitation précise que la règle doit être édictée « *on the record after opportunity for an agency hearing* »¹⁰⁸. Une controverse est née concernant le moment où une loi d'habilitation doit être considérée comme prévoyant une telle obligation de tenir une audition, certains auteurs considérant par exemple qu'il était possible par une interprétation téléologique de déterminer l'interprétation du législateur sur la question et en conséquence d'appliquer ou non la procédure formelle. La Cour Suprême s'est chargée de donner la réponse à ce débat, et a pris une position très restrictive sur la question. Posant d'abord les prémisses à sa solution en 1972 dans l'arrêt *United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corporation*¹⁰⁹, elle a explicitement posé le principe un an plus tard par sa décision *United States v. Florida East Coast Railway*¹¹⁰. Ainsi elle a considéré que pour qu'il y ait obligation de recourir à la procédure formelle de *rulemaking*, il faut que la loi d'habilitation mentionne littéralement l'expression « *on the record after opportunity for an agency hearing* ». En l'espèce, la Cour avait ainsi considéré qu'une loi d'habilitation mentionnant seulement que l'édition d'un règlement doivent se faire « *after hearing* » ne suffisait pas à en déduire la nécessité pour l'IRA de recourir à la procédure formelle de *rulemaking*. Cette décision en apparence très stricte n'a en pratique que des effets limités. Seul un nombre restreint d'agences sont concernées par cette règle, la plupart des IRA étant gouvernées soit par un règlement de procédure propre soit par une loi d'habilitation prévoyant une procédure au moins aussi contraignante que la procédure formelle de *rulemaking* prévue par l'APA¹¹¹

107Ibid

1085 U.S. Code § 553(c)

109*United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corporation* ; 406 U.S. 742, 1972

110*United States v. Florida East Coast Railway Corporation* ; 410 U.S. 224, 1973

111J. L. Marshaw et R. A. Merrill, *Administrative Law – The American Public Law System* ; 2ème éd., American Casebook Series, West Publishing, 1989, p.429-430

2. Une procédure présentant de fortes ressemblances au procès

La procédure formelle présente des caractéristiques très particulières, qu'il serait difficile de retrouver dans d'autres systèmes de droit¹¹². C'est une procédure hybride, « *très individualiste d'un côté (donc avec des contraintes fortes en terme de procédure et de participation), tout en étant polycentrique et non-adversariale de l'autre* »¹¹³. Reste que cette procédure ressemble fortement à un procès civil, avec un officier-juge ayant un rôle de départiteur.

Ce juge-auditeur, qui comme il a été vu est soit un juge administratif soit un membre de l'IRA, bénéficiant dans tous les cas de garanties pour assurer son indépendance et son impartialité, a un rôle prépondérant dans le déroulement de la procédure, en étant véritablement le chef d'orchestre. Il est chargé de présider l'audience, c'est-à-dire la partie de la procédure qui distingue le *rulemaking* informel du *rulemaking* formel, et il devra ensuite, à la fin de celle-ci, transmettre le résultat des discussions aux autorités décisionnaires de l'IRA, pour que ces dernières puissent prendre une décision. Il est vital dans ce cadre que le juge-auditeur soit impartial et indépendant. Pourtant, certains auteurs ont noté une tendance à favoriser la position de l'Administration, et à valider sa politique. Cette inclinaison favorable à l'Administration semble irrémédiable, mais il faut noter que de nombreux efforts ont été fait pour garantir un maximum d'impartialité et d'indépendance, en rompant le plus possible les liens structurels entre le juge-auditeur et les autorités administratives¹¹⁴.

3. Le déroulement de la procédure

La procédure formelle n'est dans l'ensemble qu'une reprise des modalités de la procédure informelle, avec en substitution à la phase de *notice and comment* la nécessité d'organiser une audition et donc une forme de quasi-procès permettant aux divers intérêts de débattre et de défendre leurs positions. En ce qui concerne le lancement de la procédure, les règles sont les mêmes, de même pour son déroulement et la prise de décision finale. La seule réelle distinction est l'audition présidée par le juge-auditeur, formalité qui rend *de facto* la procédure formelle beaucoup plus contraignante et difficile à organiser que la procédure informelle, même si dans les textes peu de différences peuvent s'observer.

112D. Custos, « The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies » ; *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54,2006, p. 627

113Ibid

114J. W. Lubbers, *A Guide to Federal Agency Rulemaking* ; 5ème édition, 2012, APA Book Publishing, p. 51

C) La procédure informelle, bastion et garantie de la participation publique

Cette procédure est le fer de lance de l'action des IRA telle qu'instituée par l'APA¹¹⁵. Elle vise à concilier les impératifs de participation du public et de bonne administration, en évitant de poser un cadre juridique trop contraignant et en se basant sur la bonne volonté des agences pour la mise en place de dispositifs plus précis de consultation du public. Mais un réel travail d'encadrement a du être fait après 1946, que ce soit par les législatures successives, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, les IRA démontrant une tendance non négligeable à éviter la procédure de *rulemaking* dès que possible¹¹⁶.

L'APA prévoit un système en deux phases, d'où l'autre nom de la procédure informelle qui est appelée procédure du *notice and comment*, avec donc une première étape de notification aux intéressés de la proposition de règle, et une seconde étape de recueil des commentaires du public, avant ensuite de procéder à la prise de décision en tant que telle. Cette procédure a des avantages des deux côtés. Pour le public en ce qu'elle permet une prise de connaissance relativement aisée de l'initiative de régulation (dans la limite des connaissances de chacun concernant le *Federal Register*) et garantie à chacun le droit d'être entendu et de participer d'une manière raisonnable. Pour les agences, dès lors que cela les fait bénéficier gratuitement d'une source d'information extérieure et nouvelle. Ce qui est d'autant plus intéressant du fait que certains groupes d'intérêts participant sont extrêmement bien structurés et capables de répondre, comme c'est par exemple le cas de la *National Wildlife Federation* qui est divisée en plusieurs services s'occupant chacun d'un domaine spécifique et ayant ainsi des compétences approfondies sur le sujet¹¹⁷.

1. L'information du public

La première étape, primordiale, est d'informer les acteurs intéressés de l'intention de l'agence d'édicter une règle. Cela passe par la publication de ce que l'on appelle une *notice of proposed rulemaking*, laquelle doit répondre à des conditions de publication et de contenu, et peut parfois avoir à être renouvelée.

115 U.S. Code §553

116 En ce sens, voir l'article *Agency Avoidance of Rulemaking Procedures* de Connor Raso, qui démontre cette tendance à l'évitement notamment dans le but de limiter les risques de poursuites judiciaires, in *Administrative Law Review*, n°67, 2015

117 G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

§a – La nécessité de publication de la NPR

Les agences administratives doivent publier la *notice of proposed rulemaking* dans le *Federal Register*¹¹⁸. La non publication conduirait à ce que les juges écartent la règle ou obligent l'agence à recommencer la procédure à partir de ce point, de même qu'une publication dont le contenu serait analysé comme inadéquat pour permettre une opportunité de commenter qui soit « utile »¹¹⁹, c'est-à-dire qui ne permette pas au public de faire les commentaires adéquats et en connaissance de cause, par un défaut d'information¹²⁰. La seule exception à ce principe de publication dans le *Federal Register* est aussi prévue par l'APA. Ainsi théoriquement les agences peuvent faire une notification individuelle de l'intention d'édicter une règle, si elles préviennent l'ensemble des personnes concernées. Mais c'est un procédé risqué, car il suppose que l'agence soit capable d'identifier toutes les personnes dont les intérêts sont directement touchés par la réglementation, ce qui peut s'avérer extrêmement compliqué. De ce fait, le plus souvent les agences vont procéder à la publication « générale » dans le *Federal Register*, quitte à en plus notifier individuellement les personnes qu'elles ont identifiées comme pouvant être particulièrement affectées par la règle potentielle. En dehors de ces deux obligations légales, les agences ont toute liberté d'user de n'importe quel autre moyen pour informer le public : par voie de presse, directement aux intéressés, via les réseaux sociaux, par une newsletter etc ... Cependant, aucun de ces moyens n'est susceptibles de remplacer la publication au *Federal Register* ou la notification individuelle^{121/122}. Il est intéressant de noter malgré cette absence d'impact légal, que ces derniers moyens de publication sont souvent plus importants pour l'information du public que ne l'est la publication au *Federal Register*. Une publication générale dans ce registre suppose, pour atteindre son objet 1) que le public qui pourrait se sentir concerné par la règle connaisse son existence et aille le consulter 2) que le public réussisse à ne pas se perdre dans la masse de publications du registre, de manière à trouver les règles qui sont susceptibles de le concerner directement et pour lesquelles il sera plus prompt à participer. La publication dans un journal ou sur les réseaux sociaux a beaucoup plus de chance d'être efficace dans son objectif d'information du public, et permet de cibler un public local ou déjà intéressé par la question de la réglementation administrative, donc a priori plus enclin à vouloir commenter la proposition de règle.

118U.S. Code §553(b)

119J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 250

120PPG Industrial Corporation v. Costle, D.C. Circuit Court, 1981

121J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 251

122Solid Waste Activities Group v. EPA ; D.C. Circuit Court, n° 99-1372, 2001

La *notice of proposed rulemaking* doit préciser la date, le lieu et la nature des procédures publiques¹²³. Ce qui signifie spécifier quel type de règle est en cause, la période pendant laquelle l'agence accepte les commentaires et les instructions sur la façon de faire ses commentaires. L'APA est silencieux quant à la question du délai, et au départ le critère était simplement celui d'un délai raisonnable permettant aux intéressés de faire leur commentaires. La SCOTUS a précisé que la notification devait être publiée suffisamment avant l'entrée en vigueur du règlement pour permettre aux intéressés de formuler et de présenter leurs objections¹²⁴. En pratique, les agences ont toujours été attentives à la question du délai, et elles modulent ce dernier selon la technicité du règlement¹²⁵.

Mais cette pratique étant relativement incertaine, d'autres textes sont venus encadrer la question primordiale du délai. Ainsi, l'Executive Order 12.866 précise que la plupart des procédures devraient comprendre une période de commentaire non inférieure à 60 jours¹²⁶, et l'Executive Order 12.889 prévoit que les règles concernant la régulation fédérale de domaines techniques, sanitaires ou phytosanitaires doivent prévoir une période de commentaire d'au moins 70 jours¹²⁷. De manière générale, les agences ont tendance à respecter ces délais, et même à les proroger dans les cas nécessaires, ou à accepter les commentaires tardifs, possibilité qu'elle peut exercer à sa discrétion totale¹²⁸.

L'APA nécessite aussi l'inclusion dans la *notice of proposed rulemaking* des termes ou de la substance de la règle proposée, ainsi qu'une description des sujets et problèmes concernés. En principe, en l'absence de précision de ce texte, les agences sont libres de décider du contenu de leur publication, dans la mesure où celle-ci doit assurer une information du public « *utile et adéquate* »¹²⁹, critère qui sera utilisé par le juge en cas de contrôle et est potentiellement source d'annulation de la règle. De ce fait, par peur des potentiels conséquences judiciaires et même, outre l'annulation, par le tracas que représente le « *litigation risk* » et la conduite d'un procès peu importe son issue, les agences vont en pratique publier l'ensemble du texte de proposition du règlement, et

123U.S. Code 553(b)(1)

124*United States v. Florida East Coast Railway Co.* ; 410 U.S. 224 (1973)

125G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

126Ex. Ord. 12.866, §6(a)

127Ex. Ord. 12.889, §4

128J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 253

129G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

non un simple résumé¹³⁰. En dehors de cette pratique des agences, certaines lois d'habilitation particulières vont tout simplement explicitement requérir une publication entière de la proposition de règle (e.g. le *Federal Trade Commission Act*¹³¹).

§c – Caractère adéquat de la NPR et nécessité d'un deuxième cycle de commentaire

L'objectif de la *notice of proposed rulemaking* est de poser les conditions nécessaires à une participation utile du public concerné. De ce fait, les juges ont toujours maintenu que cette notification se devait d'informer correctement les personnes intéressées des problèmes soulevés par l'initiative de régulation. Les agences vont de ce fait fréquemment être contraintes de diffuser l'ensemble des données empiriques et techniques qu'elles ont en leur possession^{132/133}. Ces données n'étant pas forcément toujours en elle-même compréhensible pour le public, les juges vont aussi porter une attention particulière au fait que le raisonnement exposé par l'agence soit compréhensible pour des individus profanes et non éduqués aux technicités du sujet^{134/135}. Le pouvoir judiciaire a très fortement insisté sur la question de la diffusion des données empiriques servant de fondement à l'initiative de régulation. Les juges sont notamment très stricts en ce qui concerne tant la rétention d'information ou la diffusion de fausses informations, comportements qui feront quasiment automatiquement l'objet de sanctions en cas de litige¹³⁶.

Il arrive parfois qu'un second cycle de commentaire soit nécessaire avant l'édition de la règle finale. Cette éventuelle décision de l'agence peut venir soit d'un besoin d'avoir plus d'informations, soit vise à éviter une vulnérabilité face à un éventuel recours. En effet, dans les cas où il apparaît que la règle finale serait sensiblement différente de la proposition de règle, les juges pourrait éventuellement être conduits à considérer que le public n'a pas été suffisamment informé des problèmes en jeu dans le cadre de la procédure. Cela ne veut évidemment pas dire que la règle finale ne peut pas différer de la proposition, mais simplement que si elle le fait, il faut que « *les éléments du compte-rendu justifient un tel changement* »¹³⁷. Pour déterminer si la modification suit ce principe, les juges ont instauré le test dit de « *l'excroissance logique* »¹³⁸, qui consiste à analyser

130Ibid

131*Federal Trade Commission Act*, §57a(b)(1)(A)

132e.g. *United Steelworkers v. Marshall* ; D.C. Circuit Court, n°78-2452 (1980)

133e.g. *MCI Telecommunication Corporation v. FCC* ; D.C. Circuit Court, n°97-1675 (1995)

134J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 275

135*Engine Manufacturers Association v. EPA* ; D.C. Circuit Court, n°94-1558 (1996)

136e.g. *Portland Cement Association v. Ruckelshaus* ; D.C. Circuit Court, n°72-1073 (1973)

137*United Steelworkers v. Marshall*, D.C. Circuit Court, n°78-2452 (1980)

138e.g. *Small Refiner Lead Phase-Down Task Force v. EPA* (D.C. Circuit Court, n°82-2282 *et al.*, 1983) ou *S. Terminal*

si la règle finale peut être vue comme la conclusion logique de la proposition initiale et des commentaires. Les conditions d'examen ont été posées en 1997 par la D.C. Circuit Court¹³⁹. Les juges examinent ainsi trois choses : (1) si l'objectif du *notice and comment* a été rempli (2) si les parties intéressées pouvaient raisonnablement anticiper la règle finale au vu de la proposition initiale (3) si la notification permettait de recueillir des commentaires publics variés, une égalité entre les parties affectées, et l'opportunité de présenter des preuves. Ce test a finalement été entériné par la SCOTUS dix ans plus tard dans l'arrêt *Long Island Care at Home Ltd v. Coke*¹⁴⁰.

2. La phase de commentaire, cœur du dispositif

La phase de commentaire est le cœur même du dispositif procédural instauré par l'APA. L'ensemble des conditions contraignantes régissant la *notice of proposed rulemaking* ne visent de ce fait qu'une seule chose : assurer la participation du plus grand nombre, et une participation utile et faite en connaissance de cause. En regardant l'histoire législative de l'APA, on s'aperçoit que ses rédacteurs s'attendaient à ce que les agences de régulation consultent volontairement le public sur les sujets importants à leur charge, sans qu'il soit pour autant besoin de créer de procédures obligatoires très précises et contraignantes en ce sens¹⁴¹. Ce qui a pu poser problème par la suite, les IRA tentant dans de nombreux cas non pas d'impliquer volontairement le public mais au contraire de se soustraire aux procédures de *rulemaking*.

§a – Nature et mise en place du comment

En théorie, tout citoyen intéressé par l'initiative de régulation peut participer à la phase de commentaire. En réalité cependant, le problème est que tout le monde n'a pas les capacités, financières ou socio-culturelles, tant pour saisir les enjeux et contribuer au débat que pour se permettre matériellement de participer. Au final, les administrés se sont structurés en grosses associations très puissantes (e.g. la *National Wildlife Federation*, la *Fondation Ralph Nader*, le *Sierra Club Legal Defense Fund*) qui ont comme mission la défense des intérêts publics pouvant être affectés par les propositions de régulation fédérales¹⁴².

Corporation v. EPA (1st Circuit Court, n°73-1366 *et al.*, 1974) pour les premières applications de ce test

139 *National Mining Association v. MSHA*, D.C. Circuit Court, n°92-1288 *et al.*, 1997

140 551 U.S. 158, 2007

141 C. M. Kerwin, *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 3^{ème} éd., 2003, CQPress, p. 65

142 G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

En ce qui concerne la nature de la participation publique, celle-ci peut être de deux types. Il y a d'abord une procédure écrite obligatoire, avec un recueil des commentaires sur le site internet de l'agence. L'administration n'a pas l'obligation de lire ou de répondre à tous les commentaires qu'elle reçoit, ce qui au vu du nombre parfois gargantuesque d'interventions reviendrait à empêcher toute action administrative, mais au final elle va répondre aux commentaires les plus importants dans le dossier, de manière à démontrer qu'elle a accordé de l'importance à la participation publique et a pris une décision raisonnée et non arbitraire, et ainsi s'éviter tout risque d'annulation en cas de contrôle judiciaire¹⁴³. Ensuite il y a la question de la procédure orale. Obligatoire dans le cadre de la procédure formelle de *rulemaking*, la mise en place d'une audience ou de toute autre procédure orale ne l'est pas en ce qui concerne la procédure informelle. D'ailleurs, la plupart du temps l'administration ne va pas prendre la peine de mettre en place une audience publique extrêmement coûteuse, et va préférer ajouter à la phase de consultation écrite d'autres types de consultations plus faciles à mettre en place (e.g. des sondages, des consultations par téléphone, des conférences avec certains groupes d'intérêt)¹⁴⁴. Quand elle décide cependant de mettre en place une audience publique, l'agence n'est pas contrainte par les dispositions régissant la procédure formelle. Elle peut simplement se limiter à entendre les arguments des participants, sans pour autant laisser la possibilité de faire intervenir des témoins, de les interroger ou de les contre-interroger¹⁴⁵. Dès lors que l'initiative de tenir une audience publique ressort ici de son libre choix, elle est maître de la procédure et de son déroulement, sans contraintes particulières si ce n'est l'obligation de respecter la procédure qu'elle a elle-même décidé de mettre en place.

§b – Réalité du comment

Il faut nuancer l'impact et l'utilité du mécanisme de commentaire comme outil participatif. La réalité du *comment* est celle de toute action administrative, et d'une envie de maintenir l'ordre établi. « *C'est une opposition à l'inexorable tendance humaine à laisser en place ce qui a déjà été le sujet de multiples décisions internes* », or « *il ne faut jamais sous-estimer la réticence d'un fonctionnaire fédéral à changer une position qu'il ou elle a "gagné" au cours des débats internes ayant précédé la procédure de régulation* »¹⁴⁶. Il est vrai que l'élaboration ne serait-ce que d'une proposition de règle est un processus de longue haleine. Des heures de débats et d'importants jeux

143Ibid

144J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 273

145G. Capt, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989

146J. T. O'Reilly, *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations* ; éd. 2016 Thomson Reuters, 2016, p. 175

d'influences ont déjà été nécessaires pour avoir un consensus sur le besoin même de réguler un secteur, ou de régler un problème particulier, et c'est encore de nombreuses heures de tergiversations qui ont été nécessaires pour arriver à un consensus et à l'élaboration d'un projet de texte. Il est humain alors de ne pas vouloir changer ce qui apparaît comme le résultat d'un travail acharné, surtout en faveur de commentaires venant d'un public largement vu comme ignorant des contingences liées à l'action administrative.

Outre ce premier point général, d'un point de vue plus juridique il faut se poser la question de la nécessité de prise en compte par l'IRA des commentaires qu'elle a reçus. Généralement, l'agence est obligée de prendre en compte ces commentaires, et de montrer qu'elle les a pris en compte, du moins dans le préambule à la règle finale. En effet, il pèse sur ces administrations l'obligation légale de donner un « *concise statement of basis and purpose* », le contenu duquel subira un contrôle dans le cadre du contexte de la règle, de la réponse faite par le commentaire et de l'action subséquente de l'agence. Cette obligation de prise en compte des commentaires prévue par l'APA¹⁴⁷ a été renforcée ensuite par la jurisprudence. Plus qu'un simple « compte rendu d'attention » de l'agence aux commentaires, il y a aujourd'hui une véritable obligation de réponse raisonnée en ce qui concerne les commentaires significatifs. Il faut cependant que le commentaire dépasse un certain niveau de matérialité et d'importance, la question étant pour le juge de déterminer si une réponse était ou non nécessaire au vu de la qualité de l'intervention publique¹⁴⁸.

Il faut enfin noter l'impact de deux textes différents sur la participation des petits acteurs économiques. Le *Regulatory Flexibility Act 1980* et le *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act 1996* prévoient des règles particulières quand la proposition de règle a un impact économique significatif sur un nombre substantiel de petits acteurs économiques. Ces deux textes pose des obligations aux IRA de demander une participation des petits acteurs et d'évaluer les impacts des décisions sur leur santé économique. Pour éviter d'avoir à produire une analyse SBREFA, l'agence doit sinon faire un « *finding of no significant impact* » démontrant l'absence d'effet économique significatif de sa proposition de règle. De plus, le SBREFA prévoit un contrôle particulier des propositions de règles par le Congrès. Ainsi toutes les règles importantes – celles ayant un impact d'au moins 100 millions de dollars sur l'économie, un impact majeur sur l'industrie, le gouvernement ou les consommateurs ou celles affectant la concurrence, la productivité ou le commerce international – ne peuvent pas entrer en vigueur avant la fin du contrôle législatif. Ce

147« *After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose* », 5 U.S. Code §553(c)

148e.g. *Interstate Natural Gas Association of America v. F.E.R.C.* ; D.C. Circuit Court, n°09-1016 (2002)

contrôle peut prendre jusqu'à plus de 60 jours, et le Congrès peut décider de mettre en place différents mécanismes pour retarder l'entrée en vigueur de la règle.

D) Les rénovations du modèle – l'émergence de procédures alternatives

1. Les procédures hybrides

En dehors des procédures de *rulemaking* prévues par l'APA et précisées ensuite par la jurisprudence, on retrouve des procédures différentes qui représentent une forme d'entre-deux, un mélange entre procédure formelle et procédure informelle de *rulemaking*¹⁴⁹. L'objectif étant d'avoir une participation publique accrue sans l'ensemble des contraintes de la procédure formelle. C'est comme cela qu'on a vu apparaître un nombre croissant de procédures dites « hybrides », issues des lois d'habilitation spécifiques, et qui contribue à un paysage normatif assez éclectique et variable selon les agences.

Les procédures hybrides sont très variées, allant de la simple audition orale¹⁵⁰ au quasi-procès. Un point intéressant à soulever concerne les formes de participation institutionnalisées que l'on retrouve dans la majeure partie de ces textes, avec surtout le système des comités consultatifs. Ceux-ci ont un rôle variable, allant d'un simple pouvoir de proposition d'idée à un véritable rôle d'accompagnement dans l'édition de la règle. Ces comités sont soumis à des règles générales que l'on retrouve dans le *Federal Advisory Committee Act 1972*, qui prévoit que leur existence et leurs fonctions doivent faire l'objet d'une publication dans le *Federal Register*, qu'ils doivent être représentatifs des intérêts affectés par la régulation, et enfin que les réunions du comité soient ouvertes au public¹⁵¹.

Le pouvoir exécutif a aussi eu un rôle important à jouer concernant l'amélioration de la dimension participative des procédures de régulation, en permettant l'accès à une information aidant à faire des commentaires instruits. C'est le cas par exemple de l'*Executive Order 12.866* qui prévoit le droit de demander une analyse d'impact de la régulation, qui rend public les résultats du contrôle effectué par l'OMB, et qui oblige les agences à faire et à publier un plan d'action détaillant leur

149C. M. Kerwin, *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 3ème éd., 2003, CQPress, p. 70

150e.g. *Occupational Safety and Health Act 1970, Consumer Product Safety Act 1972, Safe Drinking Water Act 1974, Energy Policy and Conservation Act 1975*

151C. M. Kerwin, *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 3ème éd., 2003, CQPress, p. 71

activité future de régulation et leurs positions en matière de politique de régulation.

2. Le *Negotiated Rulemaking*

L'APA a toujours été assez limité dans ses obligations de consultation du public. Si on oublie les obligations très contraignantes de la procédure formelle qui n'est quasiment jamais utilisée, la seule obligation pesant sur les agences du point de vue de l'inclusion du public dans la prise de décision est celle du *notice and comment*, par essence assez limitée. Les Congrès successifs ont de ce fait eu la volonté de combler ce vide, ce dont l'institution des procédures hybrides est un exemple.

Au cours des années 1960-1970, le processus de *notice and comment* s'était mis à ressembler de plus en plus à un combat judiciaire, avec des groupes d'intérêts opposés soumettant leurs propositions, et l'agence déterminant *in fine* un gagnant en prenant parti pour l'une ou l'autre des positions. Cela aboutissait à une atmosphère conflictuelle, avec des camps intransigeants refusant de bouger de leurs positions et de donner toutes les informations utiles dans le but de gagner une position de force¹⁵². Même postérieurement à l'édiction de la règle, cela entraînait aussi des problèmes dans les délais d'adoption des règles, la partie « perdante » allant presque automatiquement au procès pour contester la prise de décision de l'administration¹⁵³.

Un moyen potentiel de lutter contre ce dévoiement de la procédure a émergé dans les années 1980, avec l'idée de réglementation négociée, soutenue très fortement par l'*Administrative Conference of the United States* qui recommandait par la même occasion au Congrès de prendre un texte encadrant cette pratique, existant déjà par ailleurs dans de nombreuses agences¹⁵⁴. Selon l'ACUS, le processus devrait commencer par le recrutement d'un organisateur par l'IRA, personne neutre en charge de regrouper un groupe de personnes représentatif de l'ensemble des intérêts affectés par la régulation potentielle, avec en plus un représentant de l'agence au sein de ce groupe. Celui-ci aurait alors comme objectif de trouver un consensus sur une proposition de règle, c'est-à-dire que l'ensemble des intérêts en cause aurait fini par accepter l'idée de la règle. *In fine* le Congrès finit par prendre en compte les recommandations de l'ACUS, ce qui aboutit au *Negotiated Rulemaking Act 1990*. Étonnamment, malgré un soutien du législateur et une pratique déjà bien en

152J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., 2012, ABA's Section of Administrative Law, p. 194

153W. Funk, « Public Participation and Transparency in Administrative Law - Three Examples as an Object Lesson » ; *Administrative Law Review*, n°61, 2009, p. 192

154Administrative Conference of the United States, Recommandation 82-11, *Federal Register* 30.708, 1982

place dans les agences, le *rulemaking* négocié fut loin d'être un succès. Trop de variables devaient en effet être concordantes pour que cela fonctionne : un sujet ne nécessitant pas que les participants divers dusse aller à l'encontre de leur principes fondamentaux, des intérêts assez restreints pour avoir un groupe pas trop gros et incapable d'atteindre un consensus, que la règle implique des problèmes divers pouvant faire l'objet d'échanges entre les groupes d'intérêts, que les groupes d'intérêts perçoivent un avantage à cette procédure, et que l'agence elle-même supporte cette procédure¹⁵⁵.

Dans les rares cas où cette procédure peut être mise en place utilement cependant, cela n'absout cependant pas l'agence de l'obligation d'utiliser la procédure informelle et de passer par le *notice and comment*. Ainsi l'IRA préparera une proposition de règle reprenant les conclusions du groupe de négociation, ce qui *in fine* conduira à une phase de commentaire faite principalement pour les apparences, peu de commentaires étant enregistrés dès lors que les parties sont supposées s'être mis d'accord en amont.

3. *L'Advance Notice of Proposed Rulemaking*

Cet outil n'est, comme souvent, pas prévu par l'APA. Cependant certaines lois d'habilitation rendent obligatoire la publication d'une telle notice¹⁵⁶, et dans le cas des agences fédérales relevant du pouvoir exécutif, l'*Executive Order* 12.044, pris sous l'administration Carter, a rendu cette procédure obligatoire¹⁵⁷. Le but de cette publication intervenant très en amont est de permettre la participation du public au stade procédural le plus précoce qui soit. Le public n'est pas ici notifié de l'intention de l'administration d'édicter une règle, mais il est mis au courant que cette question se pose. La différence avec la *Notice of Proposed Rulemaking* réside dans la temporalité du cheminement de pensée de l'administration. Là où l'administration a déjà une idée précise de régulation en tête quand elle publie une NPR, au contraire elle se pose la question de l'utilité même de la régulation dans le cadre d'une ANPR. L'objectif étant alors d'impliquer le public directement à ce stade, de manière à ce que celui-ci puisse faire des commentaires écrits sur le champs de la régulation ou d'autres sujets plus spécifiques. L'ANPR est au final très utilisée : c'est notamment le cas pour obtenir des commentaires sur une *petition for rulemaking*, ou pour obtenir des informations de la part du public dans le but de préparer une règle, ou encore pour délimiter les

155W. Funk, « Public Participation and Transparency in Administrative Law - Three Examples as an Object Lesson » ; *Administrative Law Review*, n°61, 2009, p. 193

156e.g. *FTC Improvements Act, Consumer Product Safety Act, Energy Policy and Conservation Act*

157C. M. Kerwin, *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 3ème éd., 2003, CQPress

problèmes dans le domaine en question de manière à adapter correctement la règle.

Chapitre 2 – La participation en France, un renouveau par la codification ?

En droit français, la participation citoyenne au processus de décision relève de ce que l'on appelle la procédure administrative non contentieuse. Ce domaine est l'objet de textes plus qu'épars et divers, sans véritable code ou texte d'ensemble pour regrouper les normes et dispositifs existants. Du moins c'était le cas avant l'arrivée cet été du Code des Relations entre le Public et l'Administration, qui tente justement d'en faire une codification plus ou moins exhaustive. Après avoir exposé l'état du droit avant l'arrivée de ce code (Section I), il s'agira de voir si celui-ci est une réelle innovation, voire un « APA à la française », ou une simple fumisterie du point de vue participatif (Section II).

Section 1 – L'État de la participation avant le CRPA

Il existe de très nombreux dispositifs que l'on pourrait qualifier de participatif dans le paysage juridique français. Il faut néanmoins tâcher de se concentrer sur les principaux. Trois instruments sautent immédiatement à l'oeil, l'enquête publique (I), le débat public (II) et la concertation (III). En dehors de ces trois cas, il est important de noter que le niveau local est un des – sinon le – terrains les plus fertiles pour la participation (IV).

I. L'enquête publique, procédure phare de l'idée participative en France

L'enquête publique est le mécanisme participatif par excellence. Non pas tant de par ses qualités intrinsèques mais plus du fait qu'elle est l'instrument d'implication du public dont l'utilisation est la plus fréquente. La définition de l'enquête administrative de manière générale est celle d'une « *procédure préalable à certaines opérations administratives et destinée à recueillir les prises de position des intéressés et les informations nécessaires à l'exécution de ces opérations* »¹⁵⁸, l'enquête publique étant la procédure « *qui vise à informer le grand public et à recueillir son avis sur la base d'un projet suffisamment défini* »¹⁵⁹. Ces définitions regroupent une grande diversité

158G. Cornu, *Vocabulaire juridique* ; PUF, 10ème éd., 2014, p. 401

159Rapport Tuot, cité in R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p.43

d'enquêtes possibles (A), lesquelles peuvent être distinguées principalement entre les enquêtes publiques du Code de l'environnement et celles du Code de l'expropriation, leurs régimes étant quasiment similaires mise à part quelques exceptions rendant les secondes moins contraignantes que les premières (B). Cependant, d'un point de vue de participation du public, et c'est ce qui nous intéresse, le régime est sensiblement le même (C).

A) Transversalité et diversité de l'enquête publique

1. Qu'est-ce qu'une enquête publique ?

René Hostiou donne sa propre définition de l'enquête publique, notion qui recouvre selon lui toute procédure participative se caractérisant par un certain nombre d'éléments quant à son régime, éléments qui sont au nombre de cinq¹⁶⁰.

Tout d'abord c'est une procédure qui porte sur un projet arrêté, défini. Ce critère permet la différenciation de la procédures d'enquête publique et deux autres procédures participatives que sont le débat public et la concertation, en ce que ces dernières, contrairement à l'enquête publique, permettent une discussion sur l'opportunité du projet ou sur les options ouvertes par sa mise en œuvre. Est touché ici un des points de reproche adressé à l'enquête publique, qui est sa tardiveté d'intervention, et par conséquent la tardiveté d'intervention de la participation publique¹⁶¹. En effet, l'enquête publique n'intervenant qu'après que le projet soit arrêté, cela peut donner au participant l'impression qu'il n'intervient que pour la forme, de manière à valider ou non un projet de toute manière déjà entériné¹⁶². Ce qui d'ailleurs semble pour certains auteurs¹⁶³ ne pas être en totale conformité avec les engagements internationaux qu'a pris la France, notamment au regard de la Convention d'Aarhus¹⁶⁴ qui impose une participation effective du public tout au long du processus décisionnel¹⁶⁵, même si pourtant le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, sorte de *compliance committee*, a considéré dans une décision que les dispositions de l'enquête publique permettent de répondre aux exigences participatives posées par la Convention¹⁶⁶.

160R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p.44

161Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p.26

162G. Monédiaire, « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte » ; *Revue Participations*, n°1, Cairn, 2011, p.146

163Et notamment Yves Jégouzo

164 K. Foucher, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement – Quelle portée juridique ? » ; *AJDA* 2006, Dalloz, p. 2317

165Y. Jégouzo, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation » ; *AJDA* 2010, Dalloz, p.1812

166J. Betaille, « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus » ; *AJDA* 2010, Dalloz, p.

Ensuite, il faut noter que c'est une procédure qui impose une double obligation d'information. Sur l'existence du projet d'une part, information qui doit être fournie suffisamment tôt pour que le public puisse en prendre connaissance et se tenir éventuellement mobilisé. Sur le contenu du projet d'autre part, avec la nécessité d'accompagner l'information sur l'existence du projet d'un dossier, compréhensible par lui-même, sur l'opération ou d'un document de synthèse présentant les principales caractéristiques, qui soient accessibles pendant toute la durée de la procédure. De plus une procédure d'enquête publique comporte nécessairement un registre sur lequel sont consignées, pendant une durée déterminée par le droit, les observations écrites ou orales du public.

L'enquête publique nécessite aussi la désignation d'un tiers, indépendant et impartial, soit un commissaire enquêteur soit une commission d'enquête, chargé d'une triple mission : (1) recueillir les observations du public (2) procéder à l'analyse de celles-ci (3) formuler un avis motivé se déclarant favorable ou défavorable au projet.

Enfin, ledit avis doit faire l'objet de mesures de publicité permettant de l'amener à la connaissance du public et produisant des effets juridiques sur la décision prise à l'issue de l'enquête.

S'ensuit qu'on retrouve comme répondant à ces conditions principalement deux types d'enquêtes, celles régies par le Code de l'environnement et celles préalable à une DUP, régies par le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique^{167 168}; lesquelles constituent ainsi le corps de la matière du droit des enquêtes publiques¹⁶⁹

2. Environnement et expropriation, les deux champs principaux de l'enquête publique

§a – L'enquête environnementale

Quatre types de projets et documents sont soumis aux enquêtes du Code de l'environnement. On a premièrement « *les projets de travaux, d'ouvrage ou d'aménagements exécutés par des personnes publiques ou privées devant comporter une étude d'impact en application de l'article*

2083

167R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 44

168Y. Jégouzo, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation » ; AJDA 2010, Dalloz, p. 1813

169Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 27

L.122-1 »¹⁷⁰. C'est ici l'objet principal des enquêtes environnementales, qui ont donc depuis la réforme opérée par la loi dite Engagement National pour l'Environnement un champs d'application concordant à celui des études d'impact¹⁷¹. Deuxièmement sont concernés « *les plans, schémas, programmes et autres documents de planification soumis à une évaluation environnementale en application des articles L.122-4 à L.122-11 du présent code, ou des articles L.121-10 à L.121-15 du Code de l'urbanisme* »¹⁷². Troisièmement sont inclus les projets environnementaux prévus à l'article L.123-2-I-3° du Code de l'environnement, c'est-à-dire les projets de création d'un parc national, les projets de création d'un parc naturel marin, les projets de création 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 de réserves naturelles et de détermination de leur périmètre de protection¹⁷³. Dernièrement, l'article L. 123-2-1-4° du Code de l'environnement prévoit une disposition balai, qui dispose que sont aussi concernées « *les autres documents d'urbanisme et les décisions portant sur des travaux, ouvrages, aménagements, plans schémas et programmes soumis par les dispositions particulières qui leur sont applicable à une enquête publique dans les conditions du présent chapitre* ».

§b – L'enquête préalable à une DUP

La question du champ d'application est beaucoup plus simple pour ce second type d'enquête. Comme l'article L.11-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique l'indique, « *L'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers, ne peut être prononcée qu'autant qu'elle aura été précédée d'une déclaration d'utilité publique intervenue à la suite d'une enquête* ». Ainsi l'enquête publique préalable à une déclaration d'utilité publique s'applique dans toutes les situations d'expropriation, sans exceptions.

B) Les différences de régime entre les deux types d'enquêtes

Il n'y a pas de différence fondamentale entre le régime de l'enquête environnementale et celui de l'enquête préalable à une DUP. La distinction fait cependant apparaître que la seconde présente des modalités moins contraignantes pour l'administration, offrant de ce fait moins de garanties au public¹⁷⁴. Il semble qu'un intérêt moindre ait été accordé à la protection de la propriété

170 Article L. 123-2 Code de l'environnement

171 R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 56

172 Article L.123-2-1-2° Code de l'environnement

173 R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 57

174 R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 52

face à la protection de l'environnement¹⁷⁵, même si c'est une affirmation qui doit être nuancée au regard de la pratique, notamment du fait que les commissaires enquêteurs « *ne modifient pas leur comportement en fonction du fait que l'enquête relève ou non de l'un ou de l'autre code* »¹⁷⁶.

La première différence touche aux modalités de désignation du commissaire enquêteur. Depuis que le préfet se trouve dans l'obligation de choisir les commissaires enquêteurs dans la liste départementale instituée à cet effet, les soupçons de dépendance de ces derniers face à l'administration n'ont plus lieu d'être. De ce fait, le commissaire enquêteur est, dans le cadre de l'expropriation, désigné par le préfet et non plus par le Président du Tribunal administratif. Cependant, quand « *l'enquête est préalable à une DUP* » il est désigné « *dans les conditions fixées aux articles R. 123-5 et suivants du Code de l'environnement* »¹⁷⁷, c'est-à-dire par le Président du TA, ce qui revient *in fine* à priver d'effet la disposition initiale. Deuxième différence, la publication de l'avis au public dans la presse ne doit pas se faire pendant 15 mais 8 jours au minimum¹⁷⁸.

Concernant le point important de l'indépendance du commissaire enquêteur, il n'y a aucune différence : il faut là aussi une absence d'intérêt personnel ou fonctionnel dans l'opération projetée¹⁷⁹, la jurisprudence imposant elle qu'il se montre impartial dans sa conduite de l'enquête¹⁸⁰. De la même manière, dans les deux cas le commissaire doit présenter dans un délai d'un mois un rapport et des conclusions motivées précisant son avis sur le projet, lesquels sont ensuite soumis à publicité.

La dernière différence touche à l'indemnité mais est minime : le régime est le même, si ce n'est que la détermination du montant relève du préfet et que l'autorité qui la verse n'est plus le Fonds d'indemnisation des commissaires enquêteurs mais le porteur du projet.

C) Une participation du citoyen sous forme de consultation

L'enquête publique est « *une procédure majeure de la démocratie participative* »¹⁸¹, si ce

175P. Bon, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; RFDA 2016, Dalloz, p. 27

176R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 52

177Article R. 11-4 Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

178Ibid

179Article R. 11-5 Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

180e.g. *Association Sauvegarde Layon-Hyrome et autres* (CE, 16 novembre 1998) sur des propos tenus avant sa désignation

181Y. Jégouzo, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation » ; AJDA 2010,

n'est la procédure principale, et ce malgré ses nombreuses tares. Elle prévoit une large possibilité de participation du public, sous différentes modalités, même si le résultat n'est pas toujours celui espéré, ni en droit ni en fait, par les participants.

1. Palier à la tardiveté

La principale critique adressée à l'enquête publique est, comme on l'a vu, sa tardiveté. Cela a conduit le législateur à instituer des procédures jouant en amont, de manière à obtenir une implication du public à un stade précoce de la procédure¹⁸². On retrouve dans ce cadre deux types de procédures : la concertation et le débat public.

La mise en place d'une concertation préalable est obligatoire dans le cadre de certaines opérations d'urbanisme (Zone d'Aménagement Concerté, Schéma de Cohérence Territoriale et Plan Local d'Urbanisme notamment), et elle se doit d'intervenir très tôt, « *dès que les objectifs principaux sont clairement définis mais avant que les décisions ne soient bien évidemment prises* »¹⁸³. Cette procédure est cependant, comme on va être amené à le voir, faiblement encadrée, et n'offre que peu de garanties pour le public.

Autre possibilité de procédure préalable, on retrouve la mise en place d'un débat public. L'objectif est le même que précédemment, c'est-à-dire de permettre une participation en amont pour palier aux défauts de l'enquête publique. Là-aussi, on verra que cette possibilité est fortement limitée, notamment du fait de son champs d'application restreint.

Dans un but de meilleure information du public, on peut noter un effort d'articulation entre l'enquête publique et les procédures ayant eu lieu en amont. Ainsi, le dossier devra explicitement mentionner « *si le projet a fait l'objet d'une procédure de débat public organisée dans les conditions définies aux articles L.121-8 à L.121-15, d'une concertation telle que définie à l'art. L.121-16, ou de toute autre procédure prévue par les textes en vigueur permettant au public de participer effectivement au processus de décision* »¹⁸⁴. De manière négative, l'absence d'une telle mention voudra désormais explicitement dire qu'il n'y a pas eu de telles procédures en amont.

Dalloz, p.1812

182Ibid

183Association Aquitaine Alternatives, CE, 6 mai 1996

184Article L.123-12 Code de l'environnement

2. Présenter des observations

§a – Les commentaires écrits

La forme principale de participation que l'on retrouve dans le cadre de l'enquête publique reste la possibilité qui est accordée de faire des observations par écrit. Il y a pour cela deux manières de se faire entendre. D'une part il est possible de simplement consigner directement ses observations sur le registre s'y prêtant, lequel est tenu à disposition du public dans chaque lieu où est déposé le dossier¹⁸⁵, et est soumis à des règles strictes permettant de l'authentifier et d'empêcher toute altération des commentaires¹⁸⁶. D'autre part, il est possibles d'adresser ses observations au commissaire enquêteur par correspondance. L'envoi se fait au siège de l'enquête, et le commissaire enquêteur est tenu d'enregistrer les observations et de les annexer au registre d'enquête¹⁸⁷. La possibilité est aussi prévue de faire des observations par voie électronique, mais seulement « *selon les moyens de communication indiqués dans l'arrêté d'ouverture de l'enquête* »¹⁸⁸

§b – La possibilité de présenter des observations orales

Il y a encore ici deux modalités différentes permettant au public de présenter des observations. Premièrement, il est possible de présenter directement ses observations au commissaire enquêteur quand il est présent au siège de l'enquête. Dans le cadre des enquêtes préalables à une DUP, c'est le préfet qui doit préciser dans l'arrêté portant ouverture de l'enquête que le commissaire enquêteur recevra « *aux jours, heures et lieux annoncés à l'avance* » les observations faites sur l'utilité publique de l'opération. Mais c'est ici une simple faculté, et le préfet peut décider de ne pas faire d'auditions orales¹⁸⁹. Pour les enquêtes environnementales, la loi du 12 juillet 2010 et le décret du 29 décembre 2011 instituent une relation « *asymétrique* ». Ainsi le commissaire se doit de rencontrer le maître d'ouvrage quand il en fait la demande, alors qu'il « *peut* » entendre toutes les personnes concernées qui en font la demande¹⁹⁰, ce qui semble être une simple faculté. On voit ainsi que l'audition demeure subsidiaire face à la présentation d'observations écrites. Reste que le commissaire enquêteur doit « *permettre au public de participer effectivement au processus de décision en lui permettant de présenter ses observations et propositions* »¹⁹¹. La

185R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 235

186Article R.123-13 Code de l'environnement

187Ibid

188Ibid

189R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 239

190Article L.123-13-II Code de l'environnement

191Article L.123-13-I Code de l'environnement

question étant alors celle du temps de présence nécessaire du commissaire au siège de l'enquête pour que cela soit considéré comme suffisant pour avoir permis au public d'être entendu¹⁹². La deuxième opportunité pour le public de présenter oralement ses observations réside dans la possibilité de tenue d'une ou plusieurs réunions publiques¹⁹³, l'organisation desquelles reste toujours facultative¹⁹⁴.

3. La portée limitée des observations sur la décision

En dehors de la possibilité même de participer, la question primordiale est celle des effets de la participation, et ici de la portée des observations qu'ont fait les administrés. En principe, ces dernières ne sont absolument pas liantes pour le commissaire enquêteur, ni *a fortiori* pour l'autorité habilitée à adapter le projet¹⁹⁵. « *la légalité de la délibération attaquée ne peut se trouver affectée ni par le fait que la modification adoptée comprendrait des dispositions critiquées par un nombre important d'habitants de la commune ou de spécialistes de l'environnement au cours de l'enquête, ni par la circonstance que le conseil municipal n'aurait pas tenu compte de l'avis défavorable du commissaire enquêteur sur la rectification du règlement incriminé, avis qui n'est pas liant* »¹⁹⁶. Il y a là un double écueil de la participation : même si les commentaires faits par le public permettaient d'influencer la position du commissaire enquêteur, cela ne voudrait en aucun cas dire qu'ils auraient un impact sur la décision de l'autorité, l'avis du commissaire enquêteur n'étant pas liant. Il est évident que la participation n'implique pas et ne doit pas impliquer une quelconque codécision entre l'administration et le citoyen-administré. Cependant il ne semble pas inimaginable d'envisager qu'au minimum le commissaire enquêteur ne puisse entièrement s'absoudre des commentaires négatifs du public, notamment dans les cas où la majorité des personnes intéressées par le projet ont réagi négativement.

4. L'obligation de démontrer l'examen des observations pour le commissaire enquêteur

« *Le rapport comporte une synthèse des observations du public, une analyse des propositions et contre-propositions produites durant l'enquête et le cas échéant, les observations du*

192e.g. *Fédération française de tennis et Ville de Paris* (CE, 30 novembre 1992) sur une enquête préalable à la modification d'un plan d'occupation des sols, où une présence pendant cinq demi-journées a été considéré comme étant suffisante

193Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 145

194R. Hostiou, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014, p. 241

195Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 244

196 *Association Charles Flahault pour l'étude et la défense de l'environnement des Pyrénées-Orientales*, TA Montpellier, 27 mai 1992

responsable du projet, plan ou programme en réponse aux observations du public »¹⁹⁷. Cette disposition laisse à penser qu'il est nécessaire pour le commissaire enquêteur de faire une analyse exhaustive sur l'ensemble des commentaires et observations qui lui ont été adressés¹⁹⁸. Cela n'implique évidemment pas une réponse faite point par point à chaque observations dès lors que celles-ci « *peuvent être très nombreuses, de nature diverses et d'intérêt souvent très inégal* »¹⁹⁹²⁰⁰. Cette obligation de justification est à rapprocher de la nécessité de déclaration des fondements et raisons que l'on retrouve dans le cadre de la procédure de *notice and comment* américaine, même si a priori cette dernière est beaucoup plus développée et contraignante.

II. Le débat public

Pour tenter de répondre à l'insatisfaction continue des citoyens face à l'enquête publique, et ce malgré la rénovation opérée par la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983²⁰¹, a été instituée par la loi Barnier la Commission Nationale du Débat Public²⁰², dont l'objectif était d'assurer la consultation du public sur les objectifs et les caractéristiques principales des « *projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national* ». Était ainsi instituée une procédure intervenant en amont permettant de ce fait de discuter avant que le projet ne soit déjà fixé. Le dispositif a ensuite été renforcé par la loi de 2002 relative à la démocratie de proximité, qui a notamment donné la qualité d'AAI à la CNDP, permettant ainsi d'avoir un système permanent et indépendant, puis par les lois Grenelle I et II de 2009 et 2010²⁰³.

A) Compétence limitée et saisine de la CNDP

Le débat public concerne les « *projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées, relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* »²⁰⁴. On a donc deux situations de compétence de la CNDP, avec

197Article R.123-19 Code de l'environnement

198Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 244

199Ibid

200La jurisprudence est constante sur ce sujet, e.g. les arrêts *Sieurs Chenu et autres* (CE, 27 février 1970) ou *M.Dorison* (CE, 23 mai 1986)

201*La participation du citoyen et l'action publique*, Rapport du Centre d'Analyse Stratégique, La Documentation Française, 2008, p.25

202Loi « Barnier » du 2 février 1995 relative à la protection de l'environnement

203*Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.59-60

204Article L. 121-1 Code de l'environnement

d'un côté un critère principalement économique et de l'autre un critère environnemental et urbain.

Il faut ensuite faire une distinction entre deux types de projets, d'une part ceux devant nécessairement faire l'objet d'une présentation à la CNDP, et d'autre part ceux qui doivent être rendus publics par leur auteur mais ne font pas l'objet d'une présentation obligatoire à la CNDP²⁰⁵. La distinction entre ces deux cas se fait selon un critère d'importance économique. En effet, la saisine obligatoire vaut pour les projets d'une importance égale ou supérieure à 300 millions d'euros, tandis que la saisine facultative assortie d'une information obligatoire vaut pour les projet d'une importance égale ou supérieure à 150 millions d'euros²⁰⁶

Ainsi, la saisine de la CNDP s'opère soit via la présentation obligatoire du projet par l'auteur, lequel doit accompagner cette présentation d'une brève étude d'impact, soit par une décision autonome de l'auteur dans les cas où la présentation n'est pas obligatoire²⁰⁷. La CNDP a alors deux mois pour se prononcer sur les suites à donner sur cette saisine. Une dernière modalité de saisine existe, qui peut être opérée par le Ministre de l'environnement conjointement avec le ministre intéressé, et qui concerne des options générales d'intérêt national en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement. Dans les cas où la CNDP estime que le débat public est nécessaire, elle peut choisir de l'organiser elle-même ou de le confier à une Commission Particulière du Débat Public, voire même « *en confier l'organisation au maître d'ouvrage ou à la personne publique responsable du projet* »²⁰⁸. Dans les cas où au contraire elle estime que la mise en place d'une telle procédure n'est pas utile, elle peut cependant « *recommander au maître d'ouvrage ou à la personne publique responsable du projet l'organisation d'une concertation selon des modalités qu'elle propose* »²⁰⁹.

B) Modalités d'organisation et de tenue du débat public

Une fois le choix fait de tenir un débat public, celui-ci va ensuite porter sur les objectifs et les caractéristiques du projet, ainsi que sur son opportunité. Il va durer quatre mois, avec la possibilité d'une prolongation de deux mois maximum²¹⁰, ce qui s'avère parfois insuffisant pour les grands projets d'aménagement très complexes²¹¹. La CNDP peut de plus demander au maître

205Article L.121-8 Code de l'environnement

206*Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.154

207B. Delaunay, « Le débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 2322

208Article L.121-9 Code de l'environnement

209Ibid

210Article L.121-11 Code de l'environnement

211B. Delaunay, « Le débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 2322

d'ouvrage de compléter le dossier et de procéder à des expertises complémentaires dans les cas où elle considère que les informations qu'elle a à sa disposition sont insuffisantes pour permettre le débat et l'information utile du public. Concernant les modalités du débat public et les moyens à mettre en œuvre, la CNDP est libre de son choix²¹². Ainsi il est possible d'avoir des réunions publiques, des lettres d'information, un site internet etc. Dans tous les cas l'objectif reste le même, le but étant d'arriver à remplir les principes généraux de bonne organisation du débat public déterminés par la CNDP, qui sont une transparence des dossiers la plus totale possible, une égalité d'accès à l'information et à une égalité de traitement dans la participation²¹³.

Suite à cela, l'auteur du débat (CNDP, CPDP, maître d'ouvrage, autorité publique en charge du projet) rédige un compte rendu du déroulement du débat, qu'il adresse à la CNDP²¹⁴. Celle-ci fait alors un bilan du débat, suite à quoi le maître d'ouvrage dispose de trois mois pour faire connaître le principe et les conditions de poursuite du projet, avec les éventuelles modifications liées aux résultats du débat²¹⁵. Il est important de noter que dans les cas où le projet est continué par une autorité publique, avec les éventuelles modifications, il sera dans la plupart des cas nécessaire de procéder à une enquête publique avant réalisation du projet.

De manière générale, la CNDP est chargée de veiller à la participation du public tout au long du débat public, et à son information après. En effet, dans la phase postérieure au débat public, le maître d'ouvrage informe la CNDP des modalités de participation qu'il a mis en œuvre et celle-ci peut émettre des avis ou recommandations à leur sujet, et éventuellement désigner un garant pour la mise en œuvre de ces instruments participatifs.

Il est important de noter que le concept du débat public est accepté par les principaux acteurs en jeu. La plupart font la démarche de saisir la CNDP, même dans les cas où cette saisine est facultative. De plus, outre les associations nationales qui sont des partenaires obligatoires, les associations locales participent à ces débats, de même que les élus et les acteurs économiques. On assiste de plus à une participation croissante du grand public²¹⁶. Cette procédure a *in fine* permis une inflexion des mentalités, notamment chez les industriels et les techniciens, et l'on voit au final qu'environ un tiers des projets se trouvent modifiés suite à la phase de débat public, de la petite inflexion à l'abandon temporaire du projet²¹⁷.

212 Consulter autrement, *Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.150

213B. Delaunay, « Le débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 2322

214 Article L.121-11 Code de l'environnement

215 Article L. 121-13 Code de l'environnement

216B. Delaunay, « Le débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 2322

217 Ibid

C) Les limites à la procédure du débat public

1. Des possibilités de recours restreintes

Un problème général se pose quant à la possibilité de recours contentieux dans le cadre des procédures participatives. Un souci de sécurité juridique et de viabilité des projets administratifs²¹⁸ a conduit le législateur, et la jurisprudence, à une limitation croissante des possibilités de recours, ce qui est notamment le cas en ce qui concerne le débat public.

Le Conseil d'État a admis la possibilité d'un recours en excès de pouvoir contre la décision de la CNDP d'ouvrir ou le refus d'ouvrir un débat²¹⁹. Le législateur avait cependant limité cette possibilité par la loi du 17 février 2002, considérant qu'*« aucune irrégularité au regard des dispositions du présent chapitre ne peut être invoquée lorsque l'acte par lequel la Commission nationale du débat public a renoncé à organiser un débat public ou l'acte mentionné à l'article L. 121-13 est devenu définitif »*²²⁰. Se trouvait alors déjà grandement limitée la possibilité d'un recours contentieux dans le cadre de la procédure du débat public, les recours par voie d'exception contre ces actes étant exclus. Cependant le recours directement contre la décision du maître d'ouvrage mentionnée à l'article L.121-13 est possible, dans la mesure où il 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 »*²²¹

L'envergure du recours contentieux reste pour autant très limitée. D'autant plus que l'ensemble des mesures prises par la CNDP relatives à l'organisation du débat public sont elles-aussi insusceptibles de recours²²². Au départ limitée aux décisions portant sur les modalités d'organisation du débat public²²³, cette absence de recours possible avait ensuite été étendue aux décisions portant sur *« le calendrier et les conditions de son déroulement »*²²⁴, englobant ainsi l'ensemble des décisions pouvant être prises par la CNDP postérieurement à l'ouverture du débat public. Une telle

218B. Delaunay, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission Nationale du Débat Public » ; AJDA 2004, Dalloz, p. 2103

219 *Association France Nature Environnement* ; CE, 17 mai 2002

220 Article L.121-14 Code de l'environnement

221B. Delaunay, « Le contentieux de la procédure du débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 1665

222 *Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.151-152

223 *Association pour garantir l'intégrité rurale restante* ; CE, 14 juin 2002

224 *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes* ; CE, 5 avril 2004

absence de possibilité de recours est compréhensible quand la CNDP se charge effectivement de l'organisation et de la tenue des débats, elle l'est cependant moins dès lors qu'elle fait usage de sa prérogative de laisser le débat aux mains du maître d'ouvrage avec seulement des recommandations de sa part pour le guider²²⁵.

2. Une procédure limitée dans son application

De nombreuses critiques ont touché la procédure de débat public. La première et principale tenant aux limites posées à la possibilité même de tenue d'un débat public²²⁶. En effet, ne sont concernés que les projets d'une certaine ampleur, plus précisément ceux supérieurs à 300 millions d'euros de manière obligatoire et ceux supérieurs à 150 millions d'euros de manière facultative. Ce qui pose encore plus problème dans la mesure où l'évaluation de ce niveau d'investissement ne prend en compte que le coût de l'infrastructure en cause et non le coût du projet global. De plus ne sont concernés que les grands projets d'intérêt national qui « *présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* »²²⁷, limitant d'autant plus la possibilité d'un débat public. Ce qui contribue *in fine* à une mise en place de débats publics peu importante d'un point de vue quantitatif, avec moins de dix débats annuels en moyenne²²⁸.

Un autre problème est lié à la faible expertise possible du fait de la durée très courte du débat public – quatre mois, avec deux mois supplémentaires en cas de prorogation – ce qui explique les demandes fréquentes de réouverture de la phase de débat. Ajoutons à ça une participation aux débats qui peut être qualifiée de moyenne face aux moyens considérables mis en œuvre²²⁹²³⁰, et l'efficacité de ce dispositif est considérablement remis en question.

III. Le citoyen comme collaborateur de l'administration – la concertation

Ce dispositif a été introduit par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en oeuvre de principes d'aménagement, puis codifié à l'article L.300-2 du Code de l'urbanisme. Contrairement à la procédure du débat public, c'est ici une procédure légale obligatoire,

225B. Delaunay, « Le contentieux de la procédure du débat public » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 1664

226 *Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.154

227 Article L. 121-1 Code de l'environnement

228Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p. 29

229 *Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.151-153

230J. Chevalier, « Démocratie de proximité et débat public » ; in *Démocratie de proximité – bilan et perspectives de la loi du 27 février 2002*, Gilles Guglielmi et Julien Martin (Dir.), Éd. Berger Levrault, 2013, p.89

qui vise à assurer l'association du public dans le cadre des « *projets de travaux ou d'aménagements soumis à permis de construire ou à permis d'aménager [...] 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* »²³¹. Est instituée ici une participation locale, avec compétence communale et association du public tant général – les habitants de la commune – que spécialisé – le milieu associatif, les acteurs économiques etc – et surtout une participation qui se déroule pendant toute la période d'élaboration du projet²³². Reste que ce dispositif « *institue moins une procédure de participation du public qu'il n'impose une simple obligation procédurale de mise en place, pour certaines autorités, et dans certaines hypothèses, d'une telle procédure* »²³³.

A) La fin du cantonnement au domaine de l'urbanisme

À l'origine cantonnée au domaine de l'urbanisme, le mécanisme de la concertation a fait l'objet de multiple extensions concernant son champ d'application. D'abord concernant les opérations et le public concernés²³⁴, puis surtout en sortant cette procédure du champ de l'urbanisme. En effet, l'article L.121-16 du Code de l'environnement²³⁵ institue la possibilité de mettre en œuvre une concertation préalablement à la procédure d'enquête publique pour palier aux déficits de celle-ci et notamment à la critique liée à sa tardiveté d'intervention²³⁶. Mais cette dernière réforme ne fait qu'officialiser une faculté que possédaient déjà les autorités administratives, l'administration ayant toujours la possibilité de décider de se soumettre à une procédure.

B) Le peu de contraintes concernant l'organisation et les modalités de la concertation

Cette procédure est très faiblement encadrée. Ainsi le législateur n'a aucunement défini les modalités de sa mise en œuvre – si ce n'est prévoir la constitution d'un dossier et l'accès à celui-ci par le public pour qu'il puisse formuler ses observations – rôle qui incombe de ce fait à l'organe délibérant de la collectivité concernée. Théoriquement il est donc possible d'avoir des dispositifs très différents, mais en pratique l'obligation de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme se limite souvent à la mise à disposition du public d'un registre et à l'organisation d'une ou deux réunions

231 Article L.300-2 Code de l'urbanisme

232 G. Monédiaire, « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte » ; Revue Participations, n°1, 2011, p. 147

233 J.-C. Hélin, « La concertation de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme » ; AJDA 2006, Dalloz, p. 2332

234 e.g. loi n°75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages

235 Issu de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

236 cf. supra

publiques²³⁷.

Problème étant que le législateur et la jurisprudence ont d'une certaine manière incité les élus locaux à ne mettre en place que des consultations de très faible ampleur. Déjà par le fait que la jurisprudence ait validé la possibilité de concertations *a minima*, c'est-à-dire composées d'une simple phase d'information assortie d'un recueil des observations du public²³⁸. Mais aussi du fait de l'absence d'illégalité des actes pris suite à la concertation du seul fait des vices relatives à celles-ci dès lors que les modalités de concertation définies par la collectivité ont été respectées²³⁹. Ce mécanisme protecteur visant à éviter que les actes postérieurs à la concertation ne soient viciés en cas d'irrégularité conduit à des hypothèses d'annulation très peu nombreuses, lesquelles restent « *limitées aux erreurs les plus grossières (absence totale de concertation ou non-respect d'une procédure qui pourrait être minimale)* »²⁴⁰. La commune a donc tout intérêt à mettre en place une concertation très modeste qu'elle sait pouvoir respecter plutôt que d'une procédure lourde qui pourrait être source de nombreux contentieux.

Concernant les effets de la concertation, la réponse est simple. Les résultats de la concertation ne lient aucunement la collectivité, ni ne l'obligent à démontrer ne serait-ce que la lecture attentionnée des commentaires. « *Pour caricaturer – mais cela n'est pas si rare en pratique –, la commune peut donc tout à fait légalement adopter un projet en totale contradiction avec les résultats de la concertation* »²⁴¹.

IV. La participation locale, domaine privilégié de la participation citoyenne

les procédures exposées précédemment ont elles aussi un intérêt local. Mais elles ne sont pas locales à proprement parler, dans la mesure où elles touchent à des domaines particuliers – urbanisme, environnement, expropriation – et n'affectent l'échelon des collectivités territoriales qu'à travers ce biais. Elles constituent une « famille » à part dans la classification des mécanismes participatifs, étant des « *dispositifs ponctuels de consultation sur des opérations précises* »²⁴². Deux mécanismes participatifs existent que l'on pourrait qualifier de « *purement local* », dans le sens où

237Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p.26

238G. Monédiaire, « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte » ; *Revue Participations*, n°1, 2011 p. 147

239Ibid

240Y. Goutal, P. Peynet et A. Peyronne, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012, p.27

241Id., p.28

242*La participation des citoyens et l'action publique* ; Rapport du Centre d'Analyse Stratégique, La Documentation Française, 2008

ils visent à faire participer les citoyens sur potentiellement l'ensemble des décisions intéressant la collectivité. Dans ce cadre on peut distinguer d'une part le référendum local (A) et la simple consultation des électeurs (B).

A) Le référendum décisionnel local

La loi constitutionnelle de mars 2003²⁴³ et la loi organique d'août 2003²⁴⁴ ont constitué une étape supplémentaire dans la participation locale, avec l'arrivée en son sein d'un mécanisme de démocratie semi-directe, codifié ensuite aux articles LO.1112-1 à LO.1112-7 du Code général des collectivités territoriales. Cette réforme a consacré la possibilité pour les communes de soumettre à un référendum tout projet relevant de leur compétence, ce qui a ensuite été étendu à l'ensemble des collectivités territoriales par la loi du 13 août 2004²⁴⁵.

Cette procédure est évidemment à l'initiative de l'assemblée délibérante de la collectivité²⁴⁶, mais elle demeure très intéressante car elle donne la possibilité aux autorités non pas de simplement impliquer le citoyen dans sa prise de décision mais de lui donner entièrement le pouvoir de décision. On passe de mécanismes basés sur la simple fonction du public comme d'une forme d'organe consultatif, n'ayant pour autant aucun pouvoir sur la décision, à un dessaisissement d'autorité complet. D'un autre côté le référendum est, contrairement à la participation comme elle a été vue dans les mécanismes précédents, ciblé sur un projet précis. Les citoyens ne peuvent pas ici discuter des modalités du projet, mais ont seulement la charge de décider si ce projet élaboré par l'autorité territoriale mérite ou non d'être concrétisé. D'un côté beaucoup plus large que les autres mécanismes en donnant le pouvoir de décision, un tel mécanisme réduit cependant le champ des possibles concernant le contenu de la décision. C'est là l'avantage et l'inconvénient des mécanismes de démocratie semi-directe, le pouvoir de décision revenant aux mains des individus lambdas, sans pour autant que ceux-ci puissent argumenter sur l'objet de la décision, même si cela avait été pour dire que des changements minimes auraient été bénéfiques. C'est d'une certaine manière une logique du tout ou rien.

Il faut de plus noter une certaine limite à la portée décisionnelle de ce référendum. En effet, il n'acquière force de décision que dans la mesure où est réunie en sa faveur une double majorité –

243Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République

244Loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local

245Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

246Article LO.1112-1 de Code général des collectivités territoriales

des électeurs et des votants –, sans quoi il n'a au fond qu'une valeur d'avis²⁴⁷. De plus, il n'est possible d'organiser qu'un référendum par an au maximum²⁴⁸.

B) La consultation locale et les conseils de quartier

1. Consultations locales et droit de pétition

Autre apport de la loi du 13 août 2004, il a été institué la possibilité pour les autorités territoriales de mettre en place des consultations locales sur toute affaire relevant de leur compétence²⁴⁹, et un droit de pétition des administrés de la territorialité concernée²⁵⁰.

Pour ce qui est des consultations, la collectivité est libre quant à son organisation même si elle doit évidemment respecter les modalités qu'elle a elle-même fixé. Concernant le droit de pétition, celui-ci consiste en l'obligation d'inscrire à l'ordre du jour le sujet de la pétition, dès lors que celle-ci a été signée par un cinquième des électeurs des électeurs dans une commune ou un dixième des électeurs dans toute autre collectivité territoriale²⁵¹. Ce n'est au final qu'une obligation de délibérer sur le sujet en cause, l'assemblée délibérante restant évidemment complètement libre de son action ultérieure, qu'elle veuille ou non intervenir sur le sujet en cause.

Outre le manque d'impact de ces deux procédures, qui n'ont absolument aucun effet contraignant pour les autorités territoriales, il faut noter dans le cas de la première qu'elle pose un risque de disparité entre les différentes collectivités territoriales. Dès lors que la possibilité d'une consultation est entièrement dépendante du bon vouloir des élus locaux, il en découle de grandes différences selon les collectivités et l'appétence qu'ont les élus de tel ou tel localité pour la démarche participative.

2. Conseils de quartier

Dernier mécanisme notable au niveau local, les conseils de quartier ont fait leur apparition en 2002²⁵². Ne sont concernés de manière obligatoire par cet instrument que les grandes villes de

247Article LO.1112-7 du Code général des collectivités territoriales

248Article L.1112-21 du Code général des collectivités territoriales

249Article L.1112-15 du Code général des collectivités territoriales

250Article L.1112-16 du Code général des collectivités territoriales

251Ibid

252Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité

plus de 80000 habitants²⁵³, ce qui restreint déjà fortement l'impact de cette disposition, et contribue encore à l'idée d'une « disparité participative » entre localités évoquée précédemment. D'autant plus que les conseils de quartier sont entièrement soumis à l'exécutif local. Le maire décide en effet de son fonctionnement, et ne lui soumet de projets que selon son bon vouloir. Ces conseils ne visent pas non plus la participation du plus grand nombre, les participants du côté du public étant uniquement constitués de représentants des habitants et d'associations, ne laissant aucune place à la participation directe du citoyen. On a ici une logique de participation « *située entre support de communication pour l'équipe municipale et "guichet" des doléances ou demandes des administrés* »²⁵⁴.

Il ressort de l'état du droit pré-CRPA une impression forte de fouillis, de méli-mélo d'instruments participatifs épars, se trouvant dans des textes très différents et rendant une lecture générale de l'environnement participatif extrêmement compliquée. C'était un des problèmes que visait à résoudre la codification, ce qu'elle a de manière générale assez bien réussi. Il était aussi loisible au gouvernement d'innover dans ces dispositifs – sans non plus pouvoir être révolutionnaire au vu des termes de la loi d'habilitation – et c'est là la question principale qui se pose face à ce code : a-t-il véritablement apporté quelque chose en dehors d'une meilleure lisibilité du droit qui, il est vrai, est plus que bienvenue ?

Section 2 – Le CRPA : Innovation ou trompe l'oeil ?

La codification du droit administratif, du moins d'une partie de celui-ci, était un domaine faisant cruellement défaut au droit français, notamment par comparaison à ses voisins européens. L'administration française traîne une certaine réputation de complexité, et il est difficile de se frayer un chemin dans le système administratif sans en connaître au préalable les rouages. Pour ces raisons, il est étonnant d'avoir dû attendre 2016 avant de voir arriver un Code sur la procédure administrative non contentieuse. Malgré sa nécessité, la codification a été une épreuve et a subi de nombreux revers (I), avant finalement de devenir une réalité avec le CRPA. Ce dernier institue quelques nouveautés (II) et revoit le régime de certains dispositifs existants (III).

253 Article L.2143-1 du Code général des collectivités territoriales

254 Consulter autrement, *Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, 2011, p.74

I. Une codification en longue gestation

A) Volonté et échecs successifs

L'idée d'une codification de la procédure administrative non contentieuse, domaine qui regroupe en son sein l'ensemble des dispositifs participatifs que l'on connaît, existe depuis le mouvement de relance de la codification entamé dans les années 1990²⁵⁵. Déjà à cette époque, le droit français présentait un certain retard face à ses parents européens et même anglo-saxons quant à l'idée d'un Code régissant les interactions entre administré et administration. L'idée d'un « *code de l'administration* »²⁵⁶ avait déjà été mis à l'ordre du jour de la Commission de codification par la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996. Mais malgré des avancées et un travail important sur la question, les tentatives successives (1996 puis 2004) se sont toutes les deux soldées par un échec. De telles déboires peuvent sûrement être liées à la volonté initiale d'une codification intégrale, exhaustive, du droit administratif²⁵⁷, œuvre qui s'avère impossible et dont l'utilité n'est pas forcément apparente.

Reste que la codification des dispositions régissant les relations entre le public et l'administration s'avérait être une œuvre nécessaire, et les deux échecs consécutifs ne signifiaient pas un abandon du projet. Ce champ du droit administratif avait un réel besoin de réorganisation. Régi par des lois pour le moins éparses et nombreuses, d'autres dispositions à valeur législative plus récentes, et un ensemble très large de dispositions réglementaires²⁵⁸ ; sans compter la disparité des sources et le fait qu'une très large partie de la question restait réglée par des solutions jurisprudentielles, comme c'était par exemple le cas en matière de retrait. Cet amoncellement de textes législatifs et réglementaires et de solutions jurisprudentielles conduisait à un tableau pour le moins confus du paysage administratif en la matière, difficile alors pour l'administré non initié de s'y retrouver et de comprendre comment aborder ses relations avec l'administration.

B) Comment codifier ?

L'idée de la codification loin d'être enterrée, les débats reprurent au cours de l'année 2012. La codification telle qu'elle était voulue, impliquant des simplifications et modifications, dépassait

255M. Vialettes et C. Barois de Sarigny, « Questions autour d'une codification » ; AJDA 2015, Dalloz, p.2421

256D. Labetoulle, « Le Code des relations entre le public et l'administration – Avant-propos », RFDA 2016, Dalloz, p.1

257Ibid

258M. Vialettes et C. Barois de Sarigny, « Questions autour d'une codification » ; AJDA 2015, Dalloz, p.2422

largement le principe du droit constant et nécessitait de ce fait l'aval du législateur²⁵⁹. Cela finit par le vote à l'unanimité des deux chambres de la loi d'habilitation du 12 novembre 2013. Celle-ci, tout en posant le principe de codification à droit constant, autorisait le gouvernement à prendre certaines décisions modifiant l'état du droit, et notamment en ce qui concernait le renforcement de la participation du citoyen²⁶⁰. Ainsi, le législateur ouvrait une porte à l'innovation, présageant potentiellement un réel chantier de la procédure administrative non contentieuse et une réelle rénovation de la matière plus qu'un simple agencement ordonné des normes en vigueur.

L'idéal même de codification n'était cependant pas partagé par tout le monde. Ainsi le Conseil d'État ne considérait pas qu'une telle codification soit souhaitable, et semblait lui préférer l'idée d'une loi-code novatrice répondant aux nouveaux besoins politiques, civiques et sociaux de la population. L'idée étant alors d'avoir une loi-code énonçant un certain nombre de grands principes guidant l'action de l'administration dans le cadre de ses relations avec l'administré. De tels principes existaient déjà en droit français, mais le Conseil d'État considérait en 2011 qu'ils auraient pris une toute autre force en étant « *regroupés et articulés entre eux* », de manière à ce qu'ils constituent « *l'architecture d'une procédure préparatoire à la décision* »²⁶¹.

Le CRPA a été conçu comme un plan chronologique des relations avec l'administration²⁶². Composé en cinq Livres, il retrace les étapes par lesquelles l'administré doit passer dans ses échanges avec l'administration. Ainsi commence-t-on avec la question des échanges avec l'Administration (Livre I), puis est-il question des AAU (Livre II), de l'accès aux informations administratives et de la réutilisation des données publiques (Livre III), du règlement des différends avec l'administration (Livre IV) et enfin du régime applicable à l'outre-mer (Livre V). Cette structuration donne l'impression d'un manuel à l'usage de l'administré, de manière à lui permettre une compréhension facile du déroulé normale de la procédure administrative. Ce code a en effet « *été conçu à l'attention du "public", c'est-à-dire des non spécialistes susceptibles, à un titre ou à un autre, d'entrer en rapport avec un monde administratif dont ils ne maîtrisent pas forcément les règles, les logiques, ni même le langage* »²⁶³, l'idée étant d'avoir une *lex generalis* administrative.

259D. Labetoulle, « Le Code des relations entre le public et l'administration – Avant-propos », RFDA 2016, Dalloz, p.2
260Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, article 3

261 *Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011, p.108

262P. Terneyre et J. Gourdou, « L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du « cercle des experts » et de la Commission supérieure de la codification » ; RFDA 2016, Dalloz, p.10

263Ibid

II. Les quelques nouveautés apportées par le CRPA en matière de participation

L'importante nouveauté de cette codification, outre le concept même d'avoir un code regroupant l'ensemble de la procédure administrative non contentieuse, est l'exposé de principes généraux constituant un régime de droit commun des procédures spontanées d'association du public²⁶⁴. Ainsi l'article L. 131-1 du CRPA pose quatre principes guidant l'action administrative dans ce cadre. Ces principes ne sont pas novateurs, loin de là, mais méritaient d'être posés dans un environnement structuré. On retrouve ainsi l'exigence de publicité des modalités de la procédure, de mise à disposition des informations utiles, de délai raisonnable pour participer et de publicité des résultats ou des suites envisagées. L'exposé de principes dans ce cadre est important. En effet, l'administration a toujours eu, depuis la jurisprudence *Jamart*²⁶⁵, la possibilité d'organiser des procédures *ad hoc* en dehors du cadre législatif ou réglementaire, et « *la jurisprudence reconnaît depuis longtemps l'existence de procédures spontanées en matière de consultation* »²⁶⁶.

Sébastien Saunier fait deux constats en ce qui concerne l'évaluation de l'importance de ces principes généraux²⁶⁷. Il souligne tout d'abord l'importance d'avoir un régime de droit commun dès lors que le champ d'application de ce régime est aussi large qu'il l'est en l'espèce. En effet, l'art. L. 131-1 du CRPA s'applique, comme le reste du code, aux entités définies à l'art. L. 100-3 du CRPA. Ainsi sont concernées « *les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs et les organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administratif, y compris les organismes de sécurité sociale* ». Cependant, l'intérêt d'un champ d'application aussi large est contrebalancé par un formalisme et des garanties très limitées. Il faut déjà noter qu'on est ici bien en deçà des propositions qu'avait pu émettre le Conseil d'État dans son rapport de 2011, lorsqu'il proposait l'institution d'une loi-code exposant les principes fondamentaux de la consultation²⁶⁸. En effet, rien n'est fait ici concernant le respect de la représentativité de la consultation et du pluralisme des opinions, sujet pourtant primordial dans le cadre de l'idée d'administration participative. De même aucune précision n'est faite pour ce qui est des suites projetées par l'administration. Est seulement visée la publication des « *résultats ou suites envisagées* » à un « *moment approprié* »²⁶⁹. Rien n'est

264S. Saunier, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; AJDA 2015, Dalloz, p. 2427

265 *Jamart*, Conseil d'État, n°43321, 7 février 1936

266S. Saunier, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; AJDA 2015, Dalloz, p. 2431, citant en exemple l'arrêt *Institution Notre-Dame-du-Kreisker* du 29 janvier 1954

267Ibid p. 2431-2432

268 *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public du Conseil d'État sur la participation, La Documentation française, 2011, p.57 et s. et p. 87-88

269Art. L. 131-1 Code des relations entre le public et l'administration

fait pour obliger l'administration à démontrer qu'elle a, si ce n'est tenu compte, du moins lu les commentaires qui ont pu lui être fait. En comparaison au modèle américain, qui impose à l'administration de publier un « *statement of basis and purpose* » dont l'importance est non négligeable au vu des apports faits par la jurisprudence en la matière, on se retrouve au fond avec une situation assez peu satisfaisante. Une impression qui ressort est que les codificateurs, dans leur effort de ne pas pénaliser l'effectivité de l'action administrative, n'ont au final fait que reprendre les pratiques existantes de consultations volontaires tellement les principes qui sont posés semblent auto-évidents²⁷⁰ et peu contraignants.

III. La rénovation des dispositifs existant

A) La nouvelle simplification de l'enquête publique

1. Le champ d'application

Avec l'arrivée du Code des relations entre le public et l'administration, le droit des enquêtes publiques ne connaît plus que trois types d'enquêtes : les enquêtes du Code de l'environnement, celles du Code de l'expropriation, et enfin celles relevant du Code des relations entre le public et l'administration.

L'article L. 134-1 du Code des relations entre le public et l'administration dispose que « *sans préjudice de dispositions particulières figurant dans d'autres textes, le présent chapitre régit les enquêtes publiques qui doivent être organisées par l'administration et qui ne relèvent ni du code de l'expropriation ni du code de l'environnement* ». On a donc ici une définition entièrement négative qui exclue a priori trois situations : (1) celles des enquêtes relevant du Code de l'environnement et donc qui sont concernées par les études d'impact (2) celles des enquêtes préalables à une déclaration d'utilité publique (3) celles des enquêtes, même non préalables à une déclaration d'utilité publique, dont il est prévu qu'elles restent soumises aux dispositions du Code de l'expropriation, qui n'a depuis la clarification qu'un seul régime d'enquête²⁷¹. La troisième situation reste cependant exceptionnelle, l'objectif de la codification étant en partie de faire en sorte que les enquêtes de ce type qui relevait du Code de l'expropriation sans raison apparente soient intégrées dans le régime du Code des relations entre le public et l'administration. La définition du champ d'application n'est

²⁷⁰« *des principes dont, pour autant, on ne niera pas l'importance (mais en même temps l'évidence)* », P. Bon,

« L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; RFDA 2016, Dalloz, p. 28

²⁷¹Id., p. 29

cependant pas entièrement négative. Ainsi il a été précisé qu'un certain nombre d'enquêtes pour lesquelles le régime n'était pas précisé ou qui faisaient l'objet d'un renvoi aux dispositions du Code de l'expropriation rentreraient désormais dans le champ d'application du Code de l'expropriation. *In fine*, seul le second type d'enquête est supposé, hors cas marginaux, relever du droit de l'expropriation, ce qui semble cohérent dès lors que ce sont les seules qui traitent d'expropriation.

2. Le régime des enquêtes publiques du CRPA

Il y a ici un corps de règles plus nombreux que dans le Code de l'expropriation, mais un peu moins que dans le Code de l'environnement. En ce qui concerne l'objet de l'enquête publique, l'art. L. 134-2 du Code des relations entre le public et l'administration reprend dans des termes quasiment similaires les dispositions de l'article L. 123-1 du Code de l'environnement ; quant aux dispositions réglementaires afférentes au CRPA, celles-ci reprennent les dispositions essentielles du Code de l'expropriation.

La seule différence de régime notable apportée par le CRPA concerne l'autorité compétente pour désigner le commissaire enquêteur. Là où tant le Code de l'environnement que le Code de l'expropriation donnait la compétence au Tribunal administratif pour cette désignation, dans le but de garantir l'impartialité et l'indépendance de celle-ci, le CRPA donne lui ce pouvoir au préfet concerné²⁷².

Pour ce qui concerne le déroulement de l'enquête, c'est-à-dire son ouverture, la prise en compte des observations, la clôture, la communication des conclusions etc, les dispositions sont identiques ou presque à celles du Code de l'expropriation. Dès lors on ne voit pas pourquoi le codificateur n'a pas décider de faire un renvoi à ce texte, de manière à n'aborder que les règles, peu nombreuses, spécifiques aux enquêtes du CRPA²⁷³. Résulte de cet agencement que les enquêtes du CRPA, tout comme celles du Code de l'expropriation, offrent au public un peu moins de garanties que les enquêtes environnementales. En contreparties cependant, elles sont sensiblement moins lourdes à organiser et donc ralentissent moins l'action administrative. On peut de ce fait hiérarchiser les trois types d'enquêtes publiques selon l'étendue des garanties qu'elles offrent au public, avec l'idée que « *la protection de l'environnement est [...] considérée comme plus digne d'intérêt que la protection du droit de propriété, qui, elle-même, prime sur l'intérêt général d'associer le public à la*

272Article R.134-15 Code des relations entre le public et l'administration

273P. Bon, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; RFDA 2016, Dalloz, p. 30

prise de décision »²⁷⁴. Le CRPA vient ici essentiellement fixer le droit commun des enquêtes publiques, elle sert de socle de base hors cas d'expropriation ou de projets ayant un impact sur l'environnement. On voit la difficulté qu'a l'administration à intégrer l'idéal participatif, dès lors que ce régime de droit commun est le moins protecteur des trois régimes possibles. Il est compréhensible que le codificateur n'ait pas voulu imposer la lourdeur des contraintes du Code de l'environnement dans un régime de droit commun, mais il l'est moins qu'il n'ait pas au minimum mis ce régime au niveau de celui du Code de l'expropriation.

B) L'encadrement des commissions administratives à caractère consultatif

1. Envergure et lourdeur du modèle consultatif français

L'administration consultative est extrêmement bien ancrée dans le système administratif français. C'est d'ailleurs un des grands champs de réforme continue du droit administratif français, avec une critique forte due notamment à la prolifération de ces commissions ainsi qu'à leur lourdeur et leur manque d'impact sur la décision finale. Il a été entrepris depuis déjà une bonne dizaine d'années une œuvre de réduction du nombre de ces commissions consultatives, avec un réel travail de la Cour des comptes pour dénombrer ces CACC dans le cadre d'un travail de réforme visant à alléger l'appareil administratif²⁷⁵. Le système consultatif est de surcroît incertain, avec un problème évident de diversité des régimes et de manque de sécurité juridique, par exemple avec la question des consultations obligatoires ou non. De nombreux efforts ont été faits pour palier à ces deux problèmes, que ce soit par la modification des règles de création, composition et de fonctionnement des CACC (e.g. le décret n°2006-672 du 8 juin 2006), ou par le principe de durée de vie limitée des CACC.

2. Modifications opérées par le CRPA : champ d'application, durée d'existence et fonctionnement

Le champ d'application du CRPA en matière de commissions administratives à caractère consultatif s'étend à toute celles qui sont, « *quelle que soit leur dénomination, placées auprès des autorités de l'État et des établissements publics administratifs de l'État* »²⁷⁶, avec ensuite une

274Ibid

275*Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011, p. 36

276Art. R.133-1 Code des relations entre le public et l'administration

exception concernant la participation des fonctionnaires, la magistrature, l'armée et les commissions composées exclusivement d'agents de l'État. L'article donne aussi une définition des CACC, qui les « *commissions ayant vocation à rendre des avis sur des projets de texte ou de décision même si elles disposent d'autres attributions* »²⁷⁷.

Dans le cadre de l'allègement de l'administration consultative, le CRPA prévoit une durée de vie des CACC limitée à 5 ans, avec en plus la nécessité d'effectuer une étude pour vérifier au préalable la nécessité d'instituer une Commission pour effectuer la mission en cause, ce qui suppose que celle-ci ne puisse être réalisée par une CACC existante²⁷⁸. Le but évident ici étant de faire gagner le processus en efficacité, en évitant les redondances et les superpositions d'attributions qui pouvaient exister avant toute l'entreprise de réduction de l'administration consultative.

Une des questions primordiales concernant les CACC est celle de l'incidence du non respect des règles de fonctionnement sur la régularité de l'avis, et donc sur la légalité de la décision prise en conséquence. La position du droit actuel sur le sujet vient d'une source jurisprudentielle, avec l'arrêt *Danthony* du Conseil d'État²⁷⁹. Cette décision prévoit qu'un vice de procédure n'impacte la légalité d'une décision administrative que dans deux cas : (1) s'il a eu une influence sur le sens de la décision ou (2) s'il a privé les intéressés d'une garantie. De plus, contrairement à la loi n°2011-525 de simplification et d'amélioration du droit dont l'article 70 ne s'appliquaient qu'aux hypothèses où « *l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme* »²⁸⁰, la jurisprudence *Danthony* s'applique elle plus généralement à tous les cas où il y a une « *procédure administrative préalable* ». Étonnamment cependant, cette jurisprudence n'est pas codifiée dans le CRPA. C'est regrettable dès lors qu'elle présente une grande importance, et aurait permis plus de lisibilité directe pour l'administré quant aux conséquences possibles d'un vice de procédure dans le cadre du processus de décision administrative.

C) L'organisation des consultations ouvertes sur internet

Le CRPA fait ici une distinction entre deux types de consultations sur internet. Dans un premier temps, les articles L.132-1 à R. 132-7 sont consacrés aux consultations se substituant à la consultation d'une Commission, et dans un second temps les articles R. 132-8 à R. 132-10 sont

²⁷⁷Ibid

²⁷⁸Art. R.133-2 Code des relations entre le public et l'administration

²⁷⁹*Danthony*, CE Assemblée, n°335033, 23 décembre 2011

²⁸⁰Art. 70 loi n°2011-525 de simplification et d'amélioration du droit, 17 mai 2011

consacrés aux « *autres consultations ouvertes sur internet* ».

Le premier type de consultation permet aux autorités administratives d'organiser, à la place des consultations d'organismes imposées par des dispositions réglementaires, des consultations ouvertes à toute personne intéressée²⁸¹. Sont cependant exclues de cette possibilité les consultations d'AAI prévues par des textes législatifs ou réglementaires, les procédures d'avis conforme, et celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, la garantie d'une exigence constitutionnelle, traduisent un pouvoir de proposition ou mettent en œuvre le principe de participation.

Concernant le second type de consultation, celles-ci sont de trois types. Sont ainsi prévues les consultations sur les projets de loi²⁸², les consultations portant sur les projets d'actes réglementaires ayant un champ d'application national pour lesquels des dispositions législatives ou réglementaires imposent la consultation du public²⁸³, et enfin les consultations organisées spontanément par l'Administration avant l'adoption d'un acte réglementaire²⁸⁴. Là où les consultations du premier type font l'objet de dispositions relativement précises encadrant leur régime, le CRPA ne prévoit pas de modalités particulières d'organisation pour les secondes. L'objectif étant certainement de laisser le plus de liberté possible à l'Administration, rien n'est dit sur les modalités de consultation si ce n'est que, comme l'ensemble du Titre III, elles doivent respecter les principes généraux exposés à l'art. L. 131-1 du CRPA, principes généraux fort basiques et qui relèvent plus du bon sens qu'autre chose.

Un tel vide est à regretter. L'outil internet peut-être vu comme l'avenir de la participation citoyenne à l'action publique, et c'est le moyen immédiat pour pallier à la majorité des problèmes dont souffrent les mécanismes participatifs classiques, c'est-à-dire des problèmes d'accessibilité, de connaissance, de lisibilité. Le Conseil d'État avait d'ailleurs souhaité voir être établis clairement des grands principes guidant le recours aux consultations sur internet²⁸⁵. Au contraire ici l'administré ne bénéficie d'aucunes garanties hors du cadre des consultations du premier type, laissant à l'Administration une liberté totale quant à l'organisation de ces procédures hormis les quelques principes flous énoncés à l'art. L. 132-1²⁸⁶.

281 Art. L. 132-1 Code des relations entre le public et l'administration

282 Art. R. 132-8 Code des relations entre le public et l'administration

283 Art. R. 132-9 Code des relations entre le public et l'administration

284 Art. R. 132-10 Code des relations entre le public et l'administration

285 *Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport public du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011

286 S. Saunier, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; AJDA 2015, Dalloz, p. 2428

Troisième Partie – Effectivité et respect du droit à participation

Chapitre 1 – Des possibilités de contrôle judiciaire en demi-teinte

L'essentiel de l'effectivité de la participation du public passe par la possibilité de contester au contentieux le non respect des règles procédurales qui s'y rapportent. Réussir à obtenir l'annulation d'un acte est le moyen le plus efficace pour qu'il soit abandonné, ou du moins pour retarder son édicition au maximum. D'un autre côté, l'objectif n'est pas de ralentir ou de complètement bloquer l'action administrative, ce qui pourrait être le cas si étaient posés des standards de contrôle trop facilement remplis. C'est cet équilibre délicat qui est au cœur des dispositifs tant français (Section II) qu'américain (Section I).

Section 1 – Le contrôle large des agences fédérales

La première question à se poser est évidemment celle de savoir si l'action de l'agence en elle-même est susceptible de contrôle, et dans quelle mesure (I), qui a qualité et intérêt agir (II) puis dans le cas où le recours est possible il faut regarder comment il s'exerce (III).

I. Les actes susceptibles de contrôle

A) Présomption de *reviewability*

Le principe ici est simple. Tout acte d'une agence est présumé être susceptible de recours contentieux, sauf exclusion légale pour l'acte en cause de tout contrôle judiciaire ou en cas d'action discrétionnaire de l'agence – cette dernière situation étant d'interprétation très stricte – prévue par la loi²⁸⁷. Sachant aussi qu'il est nécessaire d'avoir une intention expresse d'exclusion du contrôle judiciaire par le Congrès. Dès l'existence d'un doute sur la question, la présomption doit se faire en faveur de la possibilité de contrôle²⁸⁸.

L'existence d'une différence de statut entre agences administratives – avec d'une part les agences indépendantes et d'autre part les agences exécutives – a conduit à une interrogation visant à déterminer si ce principe valait pour les deux types d'agences administratives. A priori, tant le

²⁸⁷*Citizens to Protect Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971)

²⁸⁸*Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967)

principe du contrôle que les deux exceptions posées par l'APA²⁸⁹ s'appliquent indifféremment à toutes les agences fédérales, qu'elles soient exécutives ou indépendantes²⁹⁰

B) Le point cardinal du contrôle : la doctrine de la déférence

1. Le concept de déférence administratives

Plus important que la question du type d'acte se trouve celle relative à la notion de « déférence administrative ». L'idée est fondée sur un concept assez simple : les juges n'ont pas les capacités pour apprécier les décisions prises par les agences, qui rentrent dans le champ de l'expertise, et de ce fait ne peuvent pas réellement contrôler leurs décisions sur le fond. Dès lors, le premier contrôle concerne la conformité de l'action de l'agence à la délégation de pouvoir qui lui a été faite par le législateur, le juge devant alors déterminer jusqu'à quel point il défère à l'interprétation par l'agence de sa loi d'habilitation. C'est donc *in fine* un contrôle sur l'appréciation que porte l'agence sur sa propre compétence²⁹¹.

2. Quand appliquer *Chevron*

Cette doctrine a été élaborée et tire son nom de la jurisprudence *Chevron*²⁹². Elle est cependant limitée à certains cas seulement de l'action administrative, et plus précisément elle n'intervient que pour les actes pris par l'agence qui ont force de loi. C'est ce qu'on appelle le « pas zéro » de la déférence *Chevron*, la question étant de savoir dans quelle mesure une telle déférence doit être accordée aux diverses modalités d'actions des agences de régulation, en dehors des cas concernant les normes réglementaires. La SCOTUS a pris position dans l'arrêt *Martin v. Occupational Safety & Health Review Commission*²⁹³, et a considéré qu'elle devait être accordée aux procédures que le Congrès a prévu comme moyen de faire des interprétations définitives. Par contre quand l'agence utilise une autre procédure, le contrôle se fait *de facto* selon la nature et les circonstances d'adoption de l'acte. Pour ce qui nous concerne, la doctrine *Chevron* s'applique de ce fait principalement aux interprétations faites dans le cadre des procédures de *notice and comment* et des adjudication formelles²⁹⁴.

2895 U.S. Code §701(a)(1)

290D. Custos, « The Rulemaking Power of IRAs » ; American Journal of Comparative Law, Vol. 54, Fall, 2006, p. 637

291J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p.446

292*Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984)

293 499 U.S. 144 (1991)

294J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p.

Dans les cas où ce type de déférence administrative n'est pas applicable, les juges vont avoir à appliquer la première forme de déférence envisagée en droit américain, telle qu'elle a été posée dans la jurisprudence *Skidmore v. Swift & Co*²⁹⁵. Dans ce cadre, l'interprétation qu'a fait l'agence de son champ de compétence n'est qu'un indice parmi d'autre du contrôle, « *un guide ayant un certain poids mais sans autorité contrôlante* »²⁹⁶. Ainsi les juges se baseront sur différents indices – degré d'expertise de l'agence en la matière, continuité du raisonnement face à ses décisions précédentes ou postérieures etc. – dont il vont pondérer le poids selon la valeur qu'ils leur attribuent, sachant qu'est primordiale dans l'évaluation « *la force de persuasion de l'explication fournie par l'agence au soutien de son interprétation* »²⁹⁷

3. Comment appliquer *Chevron*

Le contrôle opéré selon la doctrine *Chevron* prend la forme d'un test en deux étapes. Deux questions vont se poser : (1) le Congrès a-t-il expressément émis un avis sur l'interprétation en cause ? (2) Dans la négative, et si la loi est ambiguë ou silencieuse, l'interprétation de l'agence peut-elle être considérée comme faisant une lecture raisonnable de la loi d'habilitation ?

Concernant la première étape du test, un débat a eu lieu sur la question des sources pouvant être utilisées pour apprécier l'interprétation faite par l'agence. Plus précisément le problème portait sur la possibilité d'utiliser les travaux préparatoires du Congrès à ce niveau de l'examen. Bien qu'un certain nombre d'auteurs s'opposent à une telle utilisation et considèrent que le juge doit, pour faire son interprétation, se fonder uniquement sur le texte même de la loi d'habilitation, l'opinion majoritaire, dont l'*ABA Blackletter Statement* penche nettement vers la position d'une prise en compte des travaux législatifs²⁹⁸. Il est aussi intéressant de noter que les décisions sur la question montrent qu'il est très commun d'avoir des dissensions entre juges concernant le degré d'ambiguïté d'un texte et la nécessité de recourir ou non à la deuxième étape du test²⁹⁹.

460

295 323 U.S. 134 (1944)

296K. A. Watts, M. Herz et R. W. Murphy, *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies* ; ABA's Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2nd Ed., p.13

297T. W. Merrill, « Presidential Administration and the Traditions of Administrative Law » ; in *Columbia Law Review*, Vol. 115, 2015, p.1965

298J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5^{ème} éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p.449

299e.g. *Chemical Manufacturers Association v. Natural Resources Defense Council*, 470 U.S. 116 (1985) ou *Dole v. United Steelworkers of America*, 494 U.S. 26 (1990)

Concernant la seconde étape d'évaluation, deux approches sont possibles et font l'objet d'une application variable par les différentes juridictions américaines³⁰⁰. Ainsi les juges peuvent soit (1) examiner le matériel légal issu du contrôle de la première étape pour déterminer si l'interprétation de l'agence était possible dans ce cadre, soit (2) vérifier si, pour arriver à son interprétation, l'agence s'est fondée sur des bases propres à la loi et ce de façon raisonnable. La deuxième option revenant au fond à un examen de l'explication de l'agence, à déterminer si l'interprétation est supportée par une explication raisonnable et si elle est logiquement cohérente³⁰¹. Problème étant que la SCOTUS n'a eu que peu de fois l'occasion de rejeter une interprétation au niveau de la deuxième étape, si ce n'est jamais. De ce fait le processus d'évaluation que doivent suivre les juridictions du fond est loin d'être clair, en dehors de l'énoncé de principe retrouvé dans *Chevron* qui prévoit que doit être accordée la déférence quand « *le sujet de régulation est technique et complexe, l'agence a examiné le sujet de manière détaillée et raisonnée, et que la décision implique une réconciliation entre politiques conflictuelles* ».

4. La déférence envers l'interprétation par l'agence de ses propres règles

Au départ, en plus des règles de déférence issues des jurisprudences *Chevron* et *Skidmore*, existait un principe général de déférence envers les interprétations que les agences fédérales faisaient de leurs propres règles³⁰², et ce en raison de l'expertise supposée de ces dernières et du fait qu'elles agissaient dans le cadre de l'autorité leur ayant été déléguée par le Congrès³⁰³. Un débat a eu lieu sur cette jurisprudence, avec la question de son abandon potentiel, au motif qu'elle donnerait un avantage aux agences si elles régulaient via des textes volontairement ambigus, de manière à contourner la procédure de *notice and comment*. L'abandon de l'*Auer deference* a pour ces raisons été en partie acté dans le cadre des « *parrotting regulations* » qui ne sont que de la paraphrase de la loi d'habilitation³⁰⁴, mais elle demeure en vigueur dans de nombreux cas.

300J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p.453

301Ibid

302*Bowles v. Seminole Rock & Sand Co* ; 325 U.S. 410 (1945)

303*Auer v. Robbins* ; 519 U.S. 452 (1997)

304*Gonzales v. Oregon* ; 546 U.S. 243 (2006)

II. Quel administré pour intenter une action

A) Les conditions textuelles

Selon l'APA, « une personne qui aurait souffert d'un tort du fait de l'action d'une agence, ou qui aurait été négativement affectée ou lésée par l'action d'une agence dans le cadre de la loi d'habilitation pertinente, est en droit de demander réparation de ceux-ci »³⁰⁵. En dehors de cette disposition particulière au recours administratif, il faut aussi remplir l'exigence constitutionnelle issue de l'article 3 de la Constitution américaine, dite « *case or controversy* », laquelle a été résumée en trois conditions par la jurisprudence³⁰⁶ : (1) une atteinte à un intérêt juridiquement protégé qui soit concrète et particulière, actuelle ou imminente (2) un lien de causalité entre l'atteinte et l'action litigieuse (3) qu'il soit probable que l'attente soit réparée en cas de décision favorable.

Une dernière précision est nécessaire. En dehors des recours par des personnes physiques, il est possible pour toute organisation – association, conglomérat, ONG – de poursuivre soit en leur nom propre soit au nom de leurs membres si au moins un membre de cette organisation a lui même intérêt à agir individuellement³⁰⁷.

B) Les conditions posées par la jurisprudence

Au départ, la SCOTUS demandait à ce « *qu'un intérêt légal, plus qu'une simple intérêt économique, soit lésé par la décision de l'agence* »³⁰⁸ pour que la personne en cause ait intérêt à agir. Sont ensuite intervenues diverses extensions³⁰⁹ avant l'arrivée de l'APA ayant posé les conditions présentées précédemment. La position définitive de la SCOTUS en la matière a finalement été exprimée dans les arrêts *Association of Data Processing Service Organizations Inc. v. Camp*³¹⁰ et *Barlow v. Collins*³¹¹, où a été exposé un test en deux temps pour déterminer l'intérêt à agir d'une personne contre l'acte d'une agence fédérale : (1) le plaignant a-t-il en fait été lésé ? (2) l'intérêt dont le plaignant demande la protection fait-il raisonnablement partie des intérêts protégés

3055. U.S. Code §702

306 *Lujan v. Defenders of Wildlife* ; 504 U.S. 555 (1992)

307 *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission* ; 432 U.S. 333 (1977)

308 *Tennessee Electric Power Co. v. Tennessee Valley Authority* ; 306 U.S. 118 (1937)

309 e.g. *FCC v. Sanders Bros Radio Station* (309 U.S. 470, 1940) sur la possibilité d'agir contre l'octroi d'une licence en cas d'atteinte économique potentielle

310 *Association of Data Processing Service Organizations Inc. v. Camp* ; 397 U.S. 150 (1970)

311 *Barlow v. Collins* ; 397 U.S. 159 (1970)

par la loi d'habilitation ou la garantie constitutionnelle en cause ?³¹²

Mais dans le cadre des procédures d'édiction des actes réglementaires, que ce soit la procédure formelle ou la procédure informelle, la SCOTUS a très tôt pris une position simple mais extrêmement importante, en consacrant l'intérêt à agir contre l'acte issu de telles procédures de toute personne y ayant participé³¹³.

III. Les deux principales modalités de contrôle

Il y a ici deux différents types de contrôles qui nous intéressent, d'une part celui relevant du test de l'action « arbitraire et capricieuse », et d'autre part celui touchant aux violations des règles procédurales, notamment celles prescrites par l'APA.

A) *Arbitrary and capricious*

C'est ici le standard principal appliqué au contrôle des décisions prises par une agence fédérale suite à une procédure informelle de *rulemaking*, prévu expressément par l'APA³¹⁴. On peut le décomposer en trois composantes, trois champs d'examen³¹⁵ : (1) si le dossier de *rulemaking* soutient les conclusions factuelles sur lesquelles l'administration a basé sa règle (2) la rationalité et le caractère raisonnable des conclusions de politiques qui sous-tendent la règle (3) l'étendue dans laquelle l'agence a adéquatement articulée les bases supportant ses conclusions³¹⁶.

1. Évolution vers un contrôle approfondi

Au départ vu comme un moyen de contrôle très limité, ne censurant que les décisions « *n'ayant pas la moindre base rationnelle* »³¹⁷, cette modalité d'examen a cependant évolué vers un contrôle de plus en plus exigeant. L'objectif était au final de répondre aux lacunes de la doctrine de déférence – qui ne suffisait pas à protéger les administrés – et de garantir un socle commun de protection pour l'ensemble des procédures prévues par l'APA, présentant des garanties procédurales

312E. Gellhorn, « Public Participation in Administrative Proceedings » ; Yale Law Journal, Vol. 81, 1972, p.367

313 *FCC v. National Broadcasting Co.* ; 319 U.S. 239 (1943)

314 U.S. Code 5 §706(2)(A)

315 J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p. 426

316 *Citizen to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971)

317 J.L. Short, « The Political Turn in American Administrative Law – Power, Rationality and Reasons » ; Duke Law Journal, Vol. 61, 2012, p.1815

disparates. L'importance du contrôle judiciaire est alors primordial, d'autant plus que les agences sont amenées à réguler des intérêts sociaux de plus en plus fondamentaux, sont isolées de tout processus politique, et que le processus de réglementation ne permet pas une représentation fidèle des intérêts affectés³¹⁸. Pour ces différentes raisons, la SCOTUS est relativement rapidement passé d'un contrôle assez superficiel à « *contrôle strict, en profondeur* ». Une critique a alors émergé, lié à la question de technicité des débats au fondement de la doctrine de déférence, mettant en cause les capacités des juges pour juger de l'opportunité, du caractère raisonnable, des exigences liées à la prise de décision dans un domaine où les agences ont elles une grande expertise. Cependant, ce contrôle assez strict, dit contrôle « *hard look* » a été définitivement adopté, et n'est plus remis en cause depuis la jurisprudence *State Farm*³¹⁹.

2. L'exercice du contrôle selon la « *hard look review* »

Ce standard de contrôle exigeant n'est pas utilisé de manière générale dans tous les contentieux relatifs aux actes pris par les agences. En effet, son application est variable selon la nature et l'ampleur de l'action de l'agence. Le contrôle strict ne sera ainsi utilisé que pour les affaires de grande importance, les sujets routiniers étant simplement concernés par un contrôle plus proche de l'idée initiale de l'arbitraire et capricieux.

Le contrôle consiste en un examen attentif du dossier administratif et des éléments d'explication, de manière à vérifier si l'agence a utilisé la bonne méthodologie d'analyse, pris en compte les faits importants, s'est fondé sur des considérations politiques appropriées, et a démontré dans le dossier – pour reprendre les mots de *State Farm* – « *un lien rationnel entre les faits et les choix effectués* »³²⁰. Deux points posent ou ont pu poser problème dans le cadre de ce contrôle. D'une part la question du contrôle des changements de politique des agences, et d'autre part la possibilité d'invoquer des justifications politiques liées au pouvoir exécutif.

Concernant les changements de politique des agences, le problème posé ne concernait pas la possibilité pour l'agence de modifier son orientation, aucun administré ne pouvant se prévaloir du droit à une politique fixe, mais les justifications de cette modification. Et notamment la question de savoir s'il était nécessaire pour l'agence de démontrer, par des explications rationnelles basées

318E. R. Sinaiko, « Due Process Right of Participation in Administrative Rulemaking » ; California Law Review, Vol. 63, 1975, p.923

319*Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* ; 463 U.S. 29 (1983)

320*Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* ; 463 U.S. 29 (1983), point 43

notamment sur des données empiriques, que la nouvelle politique exécuterait mieux la loi d'habilitation que l'ancienne. Malgré la dissidence de certaine Circuit Courts – et surtout la 2nd Circuit Court –, la SCOTUS a considéré que l'agence n'avait en aucun cas besoin de fournir une telle justification³²¹. Il est alors possible de faire ressortir trois grandes tendances relatives au contrôle des changements de politique. D'abord les juges ne substitueront jamais leur propre appréciation à celle d'une agence dans la mesure où les conclusions de celle-ci ont une base substantielle dans le dossier administratif, ce qui est d'autant plus vrai quand les sujets sont techniques et complexes. De plus les juges se référeront aux jugements politiques des agences tant qu'ils sont raisonnables et rationnels. Le dossier administratif joue ici un rôle primordial. L'agence va devoir expliquer pourquoi elle a rejeté les alternatives, pourquoi elle a jugé opportun de changer de politique et comment elle a tiré ses conclusions des données empiriques du dossier. Les commentaires publics ont ici une grande importance. En effet, il est de plus en plus exigé des agences qu'elle démontre une réelle prise en compte de ces interventions. Sans aller jusqu'à la réponse circonstanciée pour chacun d'entre eux, ce qui serait impossible, l'agence ne peut cependant en aucun cas laisser de côté les commentaires les plus importants, les mieux argumentés en fait et en droit. Elle se doit de leur répondre de manière assez précise, sans quoi elle s'expose à la possibilité d'une annulation contentieuse de sa décision³²².

Il faut ensuite noter le débat qui est survenu dans la doctrine concernant la possibilité pour l'agence de se justifier par des justifications politiques. Plus précisément par la nécessité d'être en accord avec la politique gouvernementale telle qu'envisagée par le pouvoir exécutif³²³. Cette idée est très contestée, du fait de l'importance dans le système américain de l'indépendance de la majorité des agences administratives. Cependant, et bien que l'idée n'ait pas encore eu d'échos au dernier échelon judiciaire, un certain nombre d'auteurs voit ce type de justification comme une possibilité, du moins en tant que supplément aux justifications classiques et aux commentaires issue de la participation publique. Ainsi, « *des citoyens libres et égaux pourraient raisonnablement accepter de se soumettre aux préférences de la majorité ou à la philosophie générale et aux priorités d'un président élu si (1) une délibération a eu lieu en amont (2) l'agence n'a pas identifié de meilleure alternative que le choix dicté par ces considérations politiques (3) la politique choisie par l'agence est en accord avec les droits et libertés fondamentales, et n'est pas arbitraire* »³²⁴.

321 *FCC v. Fox Televisions* ; 556 U.S. 502 (2009)

322 J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5^{ème} éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p. 439

323 J. L. Short, « The Political Turn in American Administrative Law – Power, Rationality and Reasons » ; *Duke Law Journal*, Vol. 61, 2012, p.1815

324 G. Staszewski, « Political Reasons, Deliberative Democracy and Administrative Law » ; *Glen Staszewski, Iowa Law Review*, Vol. 97, 2012, p.877

B) Le grief de violation des règles procédurales

Ce moyen de contrôle lui aussi prévu par l'APA³²⁵ permet l'annulation d'une décision administrative dans les cas de violations des dispositions procédurales prévues par l'APA, la loi d'habilitation, ou posées par l'agence elle-même. Du point de vue des règles procédurales d'origine légale, outre les règles de l'APA qui concernent les obligations liées au *notice and comment* et à la publication de la règle, un certain nombre de lois d'habilitation ont pu imposer des contraintes particulières, notamment avec l'émergence des procédures hybrides de *rulemaking*.

Pour ce qui est des règles procédurales extra-légales, deux sources étaient à l'œuvre jusqu'au début des années 80. Au cours des années 1970, les juridictions inférieures ont commencé à imposer des contraintes procédurales aux IRA en plus de celles qu'elles avaient déjà à respecter en vertu de la loi. Mais ce mouvement judiciaire a été entièrement stoppé par la SOCTUS qui, dès 1978³²⁶, a renié la possibilité pour les juges d'imposer de nouvelles règles procédurales, le Congrès ayant souhaité que ce soit « *l'appréciation des agences et non des cours qui soient à l'oeuvre pour la détermination de l'utilisation ou non d'instruments procéduraux extra-légaux* »³²⁷. Désormais, ne restent comme autres sources de contraintes procédurales que les décisions prises à l'initiative des agences elles-mêmes. Concernant l'effet de ces règles, celles-ci doivent être respectées par les agences, sauf dans les cas où elle ne visent pas à bénéficier à la partie en cause ou à créer des droits pour le public³²⁸.

Section 1 – Les modalités de contrôle en France : Éviter les annulations formelles

Du point de vue du contrôle juridictionnel du respect des instruments participatifs, le CRPA ne change rien et ne fait que renvoyer aux dispositions du droit commun³²⁹, ce qui est normal dès lors que son objet était la procédure administrative non contentieuse. Les vices de procédure affectant les dispositifs participatifs français sont donc régis par les règles classiques relatives au recours pour excès de pouvoir, dès lors que va être en cause la contestation contentieuse d'un AAU – avec la possibilité aussi de recours contre les actes détachables des contrats de l'administration –.

325U.S. Code 5 § 706(2)(D)

326 *Vermont Yankee Nuclear Power Corporation v. Natural Resources Defense Council* ; 435 U.S. 519 (1978)

327J. S. Lubbers, *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012, p.480

328 *Rodway v. Department of Agriculture* ; D.C. Circuit Court, n°74-1303, 1975

329 Article L.431-1 Code des relations entre le public et l'administration

En dehors des questions de qualité ou d'intérêt à agir qu'il ne semble pas nécessaire d'évoquer, il faut rapidement parler des cas d'ouverture du REP. La classification la plus classique est celle de Laferrière, qui distingue entre deux types d'illégalité – externes et internes – et au sein de chacune entre deux types de causes³³⁰. Ce qui intéresse la question des procédures participatives est seulement le vice de forme ou de procédure, qui ont été l'objet d'une rénovation par la loi du 17 mai 2011³³¹ et la jurisprudence *Danthony*³³² (I), modifiant quelque peu l'appréciation initiale des vices substantiels de procédure (II).

I. L'impact de la jurisprudence *Danthony*

Conscient qu'un formalisme trop prononcé entraînerait un blocage de l'action administrative, la jurisprudence a mis en place la distinction classique entre formalités substantielles et non substantielles, la violation des secondes n'entraînant pas l'annulation de l'acte³³³. Cette théorie du vice substantiel « exprime l'idée selon laquelle les garanties de forme n'ont pas une valeur propre, ce qui amènerait le juge à accorder à leurs irrégularités sa sanction sans autre considération, mais qu'elles sont instituées pour servir certaines finalités dans la procédure administrative décisionnelle »³³⁴. Le juge se trouve dès lors dans la situation où il doit apprécier *in concreto* l'importance d'une violation, ce qui le conduit à élaborer un régime du comportement de l'administration, quitte à « fabriquer de toutes pièces des règles relatives au régime des droits procéduraux »³³⁵. Il peut ainsi selon son bon vouloir choisir d'assouplir les règles de la procédure non contentieuse ou au contraire se montrer plus exigeant avec l'administration en renforçant les contraintes procédurales qui pèsent sur elle. Le juge est ainsi maître de l'impact des contraintes procédurales et de leur respect, dont les procédures participatives.

A) L'appréciation pré-*Danthony* du caractère substantiel des vices

La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État, basée sur le concept de vice substantiel, nécessitait l'appréciation de deux choses. D'une part la substantialité de la formalité en tant que telle, et d'autre part la substantialité du vice de forme en lui-même. Ainsi, un vice de forme non substantiel touchant une formalité substantielle n'entraînait pas l'annulation de l'acte litigieux. Alors

330O. Le Bot, *Contentieux administratif*; Larcier, Coll. Paradigme, 2014, p.87

331loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

332*Danthony*, CE, 23 décembre 2011

333J. Morand-Deville, *Droit administratif*; LGDJ, 2013, p.665

334V. Kapsali, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse*; LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, p. 376

335Ibid

que la classification entre formalités substantielles et non substantielles tendait à avoir un aspect abstrait, avec notamment « *une supériorité des procédures par rapport aux formes stricto sensu* »³³⁶, l'appréciation de la substantialité du vice de forme se faisait *in concreto*, avec la question de son influence sur la décision.

Certaines catégories de formalités étaient de manière générale automatiquement qualifiées de substantielles. C'était notamment le cas des consultations obligatoires, même si l'autorité n'avait pas l'obligation de se conformer à l'avis qui en ressortait³³⁷, des délais obligatoires, de la signature de l'acte par son auteur³³⁸ etc.

Peu de temps avant l'adoption de la jurisprudence *Danthony*, le législateur avait souhaité synthétiser la position de la jurisprudence dans un texte. Ainsi l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 disposait 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* ». La substantialité du vice étant ainsi la possibilité pour son non respect d'avoir influencé le sens de la décision administrative.

B) La jurisprudence *Danthony*

Suite à cette clarification législative, le Conseil d'État a essentiellement privé cette dernière d'effet avec l'arrêt *Danthony*. Reprenant le critère classique de la substantialité comme étant l'influence sur la décision, la haute juridiction administrative décida de rajouter comme motif d'annulation la privation de garanties bénéficiant au citoyen du fait du non respect de la formalité. Sont donc consacrés avec cet arrêt deux motifs d'annulation en cas de vice de procédure : les cas où la violation est susceptible d'avoir eu une influence sur la décision en cause, et ceux où elle a privé les intéressés d'une garantie. L'appréciation de la notion de garantie est plus compliquée que la première. En effet, le juge doit d'abord estimer si la formalité dont la violation est invoquée est ou non constitutive d'une garantie, puis, dans l'affirmative, vérifier si l'irrégularité survenue équivaut pour les intéressés à une privation de cette garantie³³⁹. Le Conseil d'État va ici au-delà des prévisions de la loi, en intégrant une autre cause d'annulation potentielle des actes administratifs.

336Id., p. 381

337e.g. *Sté Clamardis*, CE, 19 mai 1995

338*Torras*, CE, 12 décembre 1990

339X. Domino et A. Bretonneau, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois » ; AJDA 2013, Dalloz, p.1734-1735

II. L'appréciation du caractère substantiel d'un vice de forme

Pour qu'un vice de forme soit considéré comme substantiel aux regard de la jurisprudence *Danthony*, deux options sont ouvertes : soit il y a privation d'une garantie bénéficiant à l'administré, soit le vice est susceptible d'avoir eu une influence sur le sens de la décision

Dans le premier cas, la question déterminante est celle de la détermination des formalités accordant des garanties aux administrés. La notion de garantie est plus qu'indéterminée cependant, ce qui est facteur d'incertitude³⁴⁰. Il semble que le juge soit amené à faire une interprétation *in abstracto* se basant sur l'importance intrinsèque des formalités, ou sur l'« *objet et la façon dont elle s'insère dans le processus décisionnel de l'administration* »³⁴¹. Des doutes restent cependant quant au manque de précision de ce concept de privation de garanties. Cela revient à une appréciation de la valeur qu'attache l'administré à la formalité souffrant du vice en cause, dont l'évaluation dépend d'un critère qui reste à déterminer.

Dans le second cas, il va être question de l'influence sur le fond de l'acte des manquements à la procédure décisionnelle, ce qui implique nécessairement une forme de comparaison entre le contenu de l'acte et le contenu potentiel de l'acte si la formalité avait été respectée³⁴². Problème étant qu'il semble extrêmement difficile, si ce n'est quasiment impossible de déterminer le fond « éventuel » de l'acte. C'est pourquoi plus que l'idée d'influence réelle, la doctrine semble en majorité préférer l'idée d'une influence susceptible. On retrouve aussi dans ce cas la nécessité d'une appréciation *in concreto*, et de l'évaluation dans le cadre de la procédure de l'importance qu'aurait revêtu telle ou telle formalité n'ayant pas été respectée, seules les irrégularités jugées bénignes dans le cas d'espèce devant être absoutes de toute sanction contentieuse. Une telle appréciation se fait nécessairement selon la méthode du faisceau d'indices, en regardant les pièces du dossier, l'objet de la procédure, la nature de l'acte, les circonstances de l'espèce etc. La jurisprudence traditionnelle avait déjà largement appliqué ce critère avant 2011, et l'on peut identifier certaines positions qui sont remarquablement stables en la matière. Ainsi les irrégularités d'une procédure consultative n'ont pas d'influence sur la décision finale dès lors que l'avis rendu n'a pas été suivi³⁴³ ; en matière d'enquêtes publiques les vices procéduraux considérés comme n'ayant eu aucune influence sur le

340V. Kapsali, Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse ; LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, p. 400

341X. Domino et A. Bretonneau, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois » ; AJDA 2013, Dalloz, p.1735

342V. Kapsali, Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse ; LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, p. 401

343e.g. *Sieur Soldani*, CE, 26 novembre 1976

sens de la décision étaient systématiquement purgés³⁴⁴.

La grille d'analyse posée par la jurisprudence *Danthony* est *in fine* un processus en trois étapes. Le juge doit dans un premier temps regarder si la formalité litigieuse était source d'une garantie au bénéfice de l'administré, puis dans un second temps si le vice l'a alors privé de cette garantie, puis dans un troisième temps, à défaut de réponse positive à ces deux questions, si le non respect de cette formalité procédural a pu avoir un effet sur le contenu de la décision administrative.

Chapitre 2 – La participation, un écran de fumée

L'idéal participatif peut être vu comme l'arrivée d'un nouveau schéma de gouvernance, issu de la méfiance croissante des gouvernés face aux gouvernants. En sont témoins les différents mouvements sociaux (e.g. la mobilisation de Nuit Debout, qui a comme trame l'idée d'une démocratie plus directe et peut être rapprochée des idéaux de la démocratie délibérative) et mobilisations citoyennes récentes. Cette pression sociale et les revendications citoyennes qui l'accompagnent ont permis l'émergence de procédures participatives, et d'une volonté d'implication plus forte du citoyen dans la décision publique. Cependant, de nombreuses voix se sont élevées pour critiquer la mise en place d'instruments participatifs, tant à l'encontre du principe même de la participation citoyenne qu'en ce qui concerne ses résultats et son utilité.

Section 1 – Un faux outil de démocratisation

Une critique forte, que l'on retrouve dans de nombreux travaux de recherche, concerne l'utilisation par les pouvoirs publics de la participation. Utilisation non pas nécessairement au sens de l'impact qu'a la participation sur le sens de la décision, comme un simple outil de légitimation de l'action publique et des décisions administratives. Outre cette question, une autre problématique vise la qualité de la participation. Pour garantir celle-ci il est nécessaire d'avoir l'expression d'opinions variées et contradictoires, permettant une prise de décision de l'administration la plus informée possible avec la possibilité d'évaluer l'ensemble des intérêts en jeu. Ce qui pose un problème dès lors qu'on peut observer un défaut de représentativité des divers intérêts sociaux. Ces points négatifs sont visibles dans les deux systèmes étudiés, même si les particularités de chacun conduisent à ce que leur importance varie.

344e.g. *Sté Ocréal*, CE, 14 octobre 2011

I. Un outil de légitimation aux mains des pouvoirs publics

Cette problématique est en partie liée à celle des effets concrets de la participation sur le sens donné à l'action publique. L'institutionnalisation de la participation publique a donné naissance à cette critique. En effet, l'institution juridique de mécanismes participatifs est perçue par certains comme une « *ruse du gouvernement représentatif* », une « *“mise sous tutelle” de la participation par les instances représentatives classiques* »³⁴⁵. L'objectif étant alors de redonner une certaine légitimité aux autorités publiques par ce nouveau moyen de la participation, de feindre une avancée dans un champ politique caractérisé par un manque de renouvellement et marqué par une perception de son existence comme d'un navire des élites coupé des réalités et du reste de la population. Ainsi la participation serait un simple « *outil de marketing politique* »³⁴⁶ au service de la classe dirigeante – les élus dans nos système de démocratie représentative –, sans impact réel si ce n'est comme moyen de ré-appivoiser un électorat fuyant et méfiant en lui donnant une fausse impression d'importance.

Ce « tropisme procédural »³⁴⁷ participatif, c'est-à-dire cette procéduralisation croissante de la participation, avec des mécanismes institutionnalisés et standardisés, le plus souvent contrôlés par une autorité politique ou administrative, aurait pour but le contrôle de l'autorité publique sur le phénomène participatif, dans le but de lui enlever son caractère subversif tout en l'utilisant comme moyen de légitimation. C'est l'idée d'une opposition entre « *démocratie sauvage* » et « *démocratie d'élevage* » posée par Laurent Mernet³⁴⁸, la première étant objet de réelles contestations alors que la seconde étant un simple moyen de validation de l'action publique, un lieu d'atténuation des contestations via une fausse impression d'avoir contribué à l'élaboration de la norme et d'avoir été entendu dans ses revendications. On arrive ainsi par la participation institutionnalisée à l'idéal de certains auteurs fortement opposés à l'idée participative, c'est-à-dire à une « *forme de gouvernement et de vie sociale apte à maîtriser le double excès d'activité collective ou de retrait inhérent à la vie démocratique* »³⁴⁹. On atteint là un stade de dépolitisation qui serait pour certain l'objectif de l'institutionnalisation des mécanismes participatifs, ces derniers constituant autant « *de*

345G. Gourgues, S. Rui et S. Topçu, « Gouvernamentalité et participation » ; Revue Participations, n°6, 2013, p. 12

346Ibid

347L. Blondiaux et J-M Fourniau, « Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien ? » ; Revue Participation n°1, Cairn, 2011, p. 19

348L. Mermet, « Débattre sans savoir pourquoi : la polychrésie du débat public appelle le pluralisme théorique de la part des chercheurs » in *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, M. Revel, C. Blatrix, L. Blondiaux, J-M. Fourniau, B. Hériard Dubreuil et R. Lefebvre (Dir.) , La Découverte, p. 369-380

349G. Gourgues, S. Rui et S. Topçu, « Gouvernamentalité et participation » ; Revue Participations, n°6, 2013, Jacques Rancières cité p. 11

“concessions procédurales” accordées par les autorités pour répondre aux contestations qui ne cessent d'émailler la production des politiques publiques depuis les années 1970 »³⁵⁰. La participation aurait alors été vue comme un outil de réduction des conflits, de gestion de la paix sociale, visant à détourner les populations de leurs revendications. Ce phénomène serait particulièrement vrai au niveau de la politique de la ville et des populations précaires. Cela permettrait ainsi de détourner l'attention de certaines franges de la population, d'accaparer les personnes qui auraient à gagner à contester leur situation d'exclusion, sans pour autant que cette gestion participative de leur environnement implique de véritables changements « en termes de réduction des inégalités, d'exclusion ou de paupérisation »³⁵¹.

II. Une représentativité des intérêts qui fait défaut

A) La théorie de la *regulatory capture*

Ce concept a été théorisé par l'économiste et Prix Nobel américain George Stigler, et se retrouve dans la plupart des recherches américaines, et plus largement anglo-saxonnes, sur la participation. Elle est notamment liée aux théories de modélisation de la participation, qui distinguent deux schémas principaux – le modèle politique et le modèle d'expertise – avec ensuite différents modèles complémentaires variables selon les auteurs. Dans le premier modèle, le pouvoir législatif délègue le pouvoir de réglementer à une autorité politiquement responsable (e.g. Premier ministre, Président, ou un autre membre du gouvernement). Cette situation conduit à un contrôle total du processus décisionnel par les acteurs politiques classiques, et le pouvoir judiciaire ne fera qu'un contrôle *ultra vires*. Dans ce cadre, la décision publique est la transcription de la politique gouvernementale, relativement indépendante des intérêts particuliers des acteurs des secteurs régulés. Le second modèle va lui voir l'outil de régulation être confié à des « experts » indépendants, supposés se baser sur des données factuelles et empiriques pour prendre leurs décisions³⁵². C'est la situation exacte des IRA américaines, spécialisées dans un domaine particulier, qui vont théoriquement prendre des décisions de manière indépendante et en se basant sur des données scientifiques ou des informations obtenues lors des phases de consultation du public.

350 Ibid

351J. Donzelot, *Quand la ville se défait – Quelle politique face à la crise des banlieues ?* ; Coll. Essais, Éd. Points, 2006

352S. Rose-Ackerman, « Regulation and Public Law in Comparative Perspective » ; University of Toronto Law Journal, n°60, 2010, p. 533

C'est dans le cadre du modèle de participation-expertise qu'intervient le phénomène de capture de la régulation. L'idée est relativement simple, et s'applique mieux au système états-unien fonctionnant via des AAI qu'au système français : selon cette théorie, les pouvoirs de régulation vont avoir tendance à édicter des règles favorables aux acteurs des secteurs qu'ils régulent³⁵³. En effet, la frontière entre les autorités régulatrices et les acteurs régulés apparaît assez fragile, malgré les garanties d'indépendance dont sont supposées bénéficier les IRA. D'un point de vue d'employabilité par exemple, les entreprises du secteur privé ont tendance à recruter dans les services administratifs des agences de régulation, ce qui donne un intérêt aux régulateurs de plaire à celles-ci. En dehors des liens organiques et structurels existant entre les IRA et autres AAI et les acteurs économiques des secteurs régulés, la régulation peut être biaisée en faveur de ces derniers du fait de l'importance de leur contribution à la phase de consultation. Les acteurs privés sont mieux armés que les individus, pourtant tout autant concernés par la régulation, pour peser dans le processus participatif. Ils bénéficient de services juridiques importants, sont capables de présenter des argumentaires construits et étayés par des études factuelles, et connaissent de fond en comble les rouages du système.

On entre alors dans un cercle vicieux de la régulation. Les autorités régulatrices ont de plus en plus tendance à édicter des règles favorables aux acteurs du secteur concerné, faisant de ce fait fi des préoccupations d'intérêt général touchant le public général, de manière générale plus inapte à peser sur les débats. Mais malgré ce dévoiement du but de leur action, ils reçoivent de plus en plus d'échos positifs concernant leur régulation, les acteurs économiques concernés étant favorables au sens pris par la régulation et le montrant de façon explicite. On arrive *in fine* à un système où l'autorité de régulation « travaille » pour le secteur qu'elle est supposée contrôler. Cette conclusion est quelque peu caricaturale cependant, la *regulatory capture* n'arrivant jamais à un stade où l'autorité administrative deviendrait complètement sourde aux revendications du public. Le public, plus représentatif de l'intérêt général, peut pallier à la différence de moyen de participation, notamment par la constitution de groupes organisés (associations, groupes d'intérêts) puissants, ayant les capacités de peser sur les débats.

B) Absence de participation profane et captation de la participation par les groupes organisés

Il est facile de dire que la participation est nécessaire pour obtenir une adéquation entre l'action administrative et les intérêts des citoyens, et qu'en conséquence « *tout ceux qui peuvent*

353Ibid

produire une contribution utile au dialogue politique devraient toujours être inclus dans le processus de régulation »³⁵⁴. Mais cela ne résout pas les problèmes importants liés à la manière dont est déterminé quels intérêts méritent d'être inclus dans « *l'opportunité participative* »³⁵⁵ ou aux moyens possibles qui permettraient d'empêcher les groupes d'intérêts organisés de s'accaparer l'utilisation des mécanismes participatifs.

Le problème étant que, comme a pu le dire W. Wagner, « *un groupe dont les intérêts sont affectés par la décision publique ne participera que quand les enjeux seront plus importants que les coûts de participation* »³⁵⁶. Est ici contenu l'essentiel du problème de représentativité des opinions dans le processus participatifs, et ce particulièrement dans le modèle américain des IRA. En effet, dans le système de *notice and comment* américain, les coûts de participation ont un caractère très dissuasif. Il est presque impossible pour un citoyen lambda de participer, dès lors qu'il faut connaître la procédure et les formalités sur le bout des doigts. Cela conduit à une sur-représentation des groupes organisés dans la procédure de *notice and comment*, que ce soit des groupes d'intérêts économiques privés, professionnels du lobbying, des associations ou ONG. Peu de place est alors accordée à la participation de l'administré profane. Pour contrer ce problème, le pouvoir judiciaire américain a créé une bouée de sauvetage, qui consiste en l'obligation pour l'administration de démontrer la prise en compte de tous les intérêts représentés, sans que cela ne signifie nécessairement que ces intérêts aient eu une influence réelle sur la politique de l'agence³⁵⁷. Le système français connaît moins ce problème. En effet, bien qu'il aille moins loin dans la participation que ne le va le système américain, il permet avec ses instruments – enquête publique, concertation, débat public – une participation de n'importe quel citoyen, à moindre coût et sans que les procédures ne soient suffisamment compliquées pour ne pas être accessibles.

Cependant, la question du bagage socio-culturel joue aussi un rôle très important dans la participation. Autant certains citoyens n'ont besoin que d'avoir à disposition les mécanismes participatifs pour qu'ils se les approprient et les utilisent, autant « *pour d'autres, ce serait faire seulement la moitié du chemin* »³⁵⁸, certaines personnes n'ayant pas forcément la confiance ou le

354T. T. Ziamou, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe* ; Ashgate Publishing Company Ltd, 2001, p. 248

355Ibid

356« The Participation Centered Model Meets Administrative Process », *Wisconsin Law Review*, 2013 ; cité dans M. Scholten, « Democratic Input Legitimacy of IRA's – Proposing an Assessment Framework » ; *Utrecht Law Review*, Vol. 11, 2015, p. 73

357E. Sinaiko, « Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking », *California Law Review*, Vol. 63, 1975, p. 914

358*La participation du citoyen dans l'action publique* ; Centre d'analyse stratégique, La Documentation Française, 2008, p.65

bagage nécessaire pour vouloir s'inclure dans les débats. Cela conduit à ce que la seule parole citoyenne intervenant dans les débats soit la parole de militants professionnels³⁵⁹ et d'associations.

Section 2 – L'utilité de la participation en question : désintérêt et inégalités

I. Le citoyen a-t-il réellement envie de participer ?

L'idéal participatif se fonde sur la thèse de la réappropriation citoyenne de la chose publique, avec l'idée que le citoyen-administré souhaite *in fine* avoir un contrôle plus fort sur l'action publique que le simple contrôle indirect qui lui est accordé par les instruments classiques de la démocratie représentative. Mais ce postulat d'intérêt pour la chose publique peut dans une certaine mesure être remis en cause.

Une critique récente venant des États-Unis pointe ce problème. Selon une étude de John Hibbing et Elisabeth Thiess-Morse (*Stealth Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002)³⁶⁰, les citoyens américains n'ont, au fond, aucune envie de s'impliquer dans la décision publique et d'avoir à gérer, même à leur petit niveau, la conduite de l'État. Au contraire, ils semblent avoir une préférence pour le système classique de démocratie représentative, avec des élus « *vertueux et responsables* » qui leur permet de « *rester en retrait des affaires publiques* ». Cette critique semble pourtant étonnante au vu de la conjoncture actuelle. Le système démocratique à l'occidentale connaît aujourd'hui une importante crise de légitimité, notamment du fait de la distance perçue entre les élus et le peuple. De ce fait, le postulat de confiance dans les représentants sur lequel elle se base constitue un support fragile. En effet, un désintérêt pour la gestion des affaires publiques et une envie de retrait est concevable dans la mesure où les représentants sont perçus comme capables et à même de s'occuper d'une telle gestion en accord avec les revendications des citoyens, ce qui aujourd'hui est une supposition qui semble difficile à soutenir.

Pourtant, les chiffres de la participation semblent donner raison à cette théorie du désintérêt. En effet, la participation est très parcellaire. Concernant par exemple le débat public de la CNDP et les concertations locales, le Conseil d'État a pu noter une disproportion très importante entre le nombre de personnes touchées par l'information relative à ces dispositifs et le nombre de personnes

359Id., p.66

360Cité p. 14 dans G. Gourgues, S. Rui et S. Topçu, « Gouvernamentalité et participation » ; Revue Participations, n°6, 2013

ayant effectivement participé dans leur cadre³⁶¹. De plus, il est aussi relevé qu'il existe une absence de corrélation entre le niveau quantitatif d'information et de communication et le niveau effectif de participation. Ainsi un projet ayant bénéficié d'une large information et d'une large diffusion ne sera pas automatiquement l'objet d'une participation débordante. Plusieurs facteurs explicatifs peuvent être avancés pour tenter d'expliquer le manque d'implication dans les instruments participatifs. Le plus intéressant d'entre eux concerne l'utilisation de la participation par les acteurs de l'action publique.

II. La participation, miroir des inégalités

Outre la question de l'importance de la participation d'un point de vue quantitatif, pour déterminer l'impact et l'utilité réels des procédures participatives, il est nécessaire de s'attarder à la qualité des participants, et à la possibilité pour chacun de participer. En effet, la légitimité démocratique qui est à gagner de la participation du public puise son essence dans sa capacité à représenter des intérêts variés et multiples, dans la confrontation d'idées diverses, et la possibilité pour chacun d'y participer. Or cette condition à l'efficacité du processus participatif pose problème sous certains aspects.

A) Inégalités sociales dans la participation

Une étude statistique menée par Guillaume Gourgues et Jessica Sainty³⁶² a étudié la connaissance du phénomène participatif et son utilisation par les citoyens ordinaires. Depuis l'étude d'Hibbing et Theiss-Morse il existe une controverse sur le besoin social de participation, avec l'idée qu'« *au sein de la population, la confiance dans le système est inversement proportionnelle à la volonté de participer* »³⁶³. En réponse à leur théorie de la *stealth democracy* et du désintérêt citoyen pour les mécanismes participatifs, une équipe de recherche d'Harvard (Neblo *et al.*, 2009) a fondé la volonté de participer sur la qualité et le nombre des instruments participatifs, avec l'idée que « *plus ils [les citoyens] font confiance aux réformes participatives, plus ils participent* »³⁶⁴.

361 Consulter autrement, *Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011, p. 72

362 G. Gourgues et J. Sainty, « Does Public Participation Only Concern Upper Classes ? The « Social Oligarchisation » of New Types of Democracy » ; CIRES WP Series n°1, HAL, 2011, p. 6

363 Hibbing & Theiss-Morse (2002) ; cité dans G. Gourgues et J. Sainty, « Does Public Participation Only Concern Upper Classes ? The « Social Oligarchisation » of New Types of Democracy » ; CIRES WP Series n°1, HAL, 2011, p. 7

364 Neblo *et al.* (2009) ; cité dans G. Gourgues et J. Sainty, « Does Public Participation Only Concern Upper Classes ? The « Social Oligarchisation » of New Types of Democracy » ; CIRES WP Series n°1, HAL, 2011, p. 9

Les professeurs Gourgues et Sainty vont eux déduire de données statistiques (dans le cadre de sondages) l'impact du facteur socio-culturel sur la participation du public. Ils vont en tirer essentiellement deux choses, premièrement que « *la démocratie participative concerne principalement les classes supérieures : plus les citoyens ont de ressources économiques et sociologiques plus ils connaissent l'existence des instruments de démocratie participative* », et que deuxièmement, « *la connaissance de l'existence des mécanismes participatives n'implique pas nécessairement qu'ils en aient une vision positive* », beaucoup de personnes « *demeurant sceptiques ou du moins incertains du but et des effets de la participation* »³⁶⁵. De ce fait se construit une « *oligarchie sociale* » de la participation, composée d'individus provenant des classes aisés et étant déjà actif politiquement³⁶⁶.

Cette étude est intéressante notamment en ce qu'elle vient déconstruire l'idée de la participation comme étant un outil d'apprentissage de la vie politique pour le citoyen, égalitaire car accessible à tous. Au contraire, la participation ne permet de dépasser les inégalités socio-culturelles, le « *cens caché* » au sens de Daniel Gaxie³⁶⁷. Là où une « *démocratie légitime est celle qui respecte les droits des minorités et promeut une délibération juste et inclusive* »³⁶⁸, on voit au contraire que la participation est un facteur d'inégalité, seuls étant à même de participer les personnes ayant déjà les clés de compréhension du débat. La révolution internet, qui a priori est l'outil parfait pour développer le modèle participatif, souffre des mêmes problèmes. Même sur le web, il est important pour le citoyen voulant participer d'avoir intégré les codes de communication propre à l'administration et aux autres institutions, de plus il faut être capable d'argumenter de façon raisonnée et construite, en présentant des données factuelles empiriques. Outre ces capacités de compréhension et d'argumentation, il existe aussi le problème de la fracture numérique et de l'accès à internet. Bien que cet accès soit aujourd'hui extrêmement bien développé et soit intégré dans le fonctionnement quotidien de la population, certaines franges sociales sont mises à l'écart de l'e-participation par un défaut d'accès à ce mode de communication institutionnelle.

B) Critique élitiste de la participation et rejet de la participation de tous

Une autre critique que l'on retrouve souvent faite à l'égard de la participation se situe à

365Id, p. 15

366Id., p. 19

367E. Krzatala-Jaworska, « Internet, Complément ou Alternative à la Démocratie Participative » ; Revue Participations, n°2, 2012, Cairn, p. 184

368S. Macedo, « Against Majoritarianism: Democratic Values and Institutional Design » ; Boston University Law Review, Vol. 90, 2010, p. 1030

l'opposé de l'échiquier. Loin de regretter l'absence d'inclusion des minorités au profit des classes aisées, certains auteurs rejettent l'idée même de participation comme étant néfaste. C'est l'idée que la participation serait en fait un facteur d'affaiblissement de la démocratie représentative, et ce pour plusieurs raisons. D'abord en ce qu'elle conduirait à une dilution de la responsabilité des gouvernants élus, lesquels seraient amenés à utiliser la participation comme bouc émissaire pour leur propres échecs et leur incompétence. Mais surtout la critique essentielle se situe au niveau des apports de la participation pour la gestion des affaires publiques. De nombreux auteurs ont une vision très négative de la participation, avec cette idée que la participation n'est au fond qu'une somme d'« *ignorances individuelles* » qui sont « *peu capables de diriger les affaires publiques* » et devraient en conséquence retrouver la place qui leur sied dans le grand champ du théâtre politique, « *les gradins* »³⁶⁹. D'autant plus que la participation ne serait qu'un facteur de ralentissement de l'administration et ne ferait que « *nuire à l'efficienc e et l'efficacité de l'action administrative* »³⁷⁰, conduisant ainsi à l'« *ossification* »³⁷¹ du processus de réglementation.

Cette vision de la participation comme d'un ajout inutile dans le processus de décision, n'ayant comme résultat qu'un rallongement de la procédure, s'accompagne d'un dénigrement de la parole citoyenne, qui peut en partie être une critique juste du processus participatif. Deux types de paroles se trouvent principalement marginalisées. D'abord la parole NIMBY³⁷², qui symbolise cette idée d'incompatibilité entre la participation du citoyen-administré et la poursuite de l'intérêt général³⁷³ qui est l'objectif intrinsèque de l'action administrative. Cette vision de la parole citoyenne est particulièrement poussée au niveau local, et est dans une certaine proportion une représentation correcte des réalités. En effet, l'intérêt d'un particulier en ce qui concerne les projets et réglementations au niveau national est relativement distant, ce qui a priori conduit à deux possibilités : 1) soit le citoyen montre du désintérêt pour la question, auquel cas il décidera le plus souvent de ne pas participer au débat et abandonnera son droit à peser sur la décision publique 2) soit le sujet en cause l'intéresse et il se sent concerné, mais dans cette situation son intérêt personnel direct semble assez lointain pour qu'on puisse s'attendre à une participation rationnelle et plus proche de la recherche de l'intérêt général, détachée de son intérêt individuel. Évidemment, ce ne sera pas toujours le cas. Le projet en cause peut être assez spécifique pour qu'il touche de façon

369Lippman ; cité dans G. Gourgues, S. Rui et S. Topçu, « Gouvernamentalité et Participation » ; Revue Participations, N°6, Cairn, 2013, p. 8

370W. West, « Administrative Rulemaking: An Old and Emerging Literature » ; Public Administration Review, Vol. 65 N°6, 2005, p. 659

371Ibid

372Acronyme de l'expression anglo-saxonne *Not In My BackYard*

373*Consulter autrement, Participer effectivement*, Rapport du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011, p. 72

particulière la situation de l'individu, auquel cas il sera amené à défendre des positions favorisant son intérêt personnel ; ou encore est-il concevable que le citoyen ne vise pas réellement à oeuvrer dans l'intérêt général mais plus dans un intérêt collectif d'une échelle inférieure, par exemple en défense des intérêts supposés de sa région dans le cadre d'un grand projet d'aménagement urbain. Le second type de parole qui a tendance à être marginalisé pour les mêmes considérations d'inadéquation à la poursuite de l'intérêt général est la parole militante. Pour les mêmes raisons, celle-ci est vue comme un outil de défense d'intérêts particuliers ou catégoriels. Dans les deux cas cependant, même si c'est plus prononcé dans le cadre de la parole militante, il n'est pas forcément raisonnable d'écarter *a priori* un type de participation du fait de son aspect réduit. L'absence de défense de l'intérêt général ne signifie pas qu'il est inutile et inintéressant de prendre en compte les arguments avancés par le particulier protégeant ses intérêts propres. Ce type d'arguments a une valeur en soi. Ils peuvent représenter des intérêts individuels concordants, émanant de personnes n'ayant pas forcément la chance d'appartenir à un groupe d'intérêt organisé. Et de manière plus simple, ce n'est pas parce qu'une argumentation vise à défendre un point particulier et spécifique apparemment distinct de toute recherche de l'intérêt général qu'elle ne peut pas soulever de points intéressants et valables.

De manière générale, la critique élitiste de la participation peine à convaincre. En effet, aucun mécanisme participatif, si ce n'est le système du référendum décisionnel, ne donne le pouvoir de décision aux citoyens. Quand on parle de participation, « *il ne s'agit nullement d'une participation à la décision au sens d'une codécision ; la décision reste le fait de l'autorité légitimement habilitée à la prendre et à l'assumer* ». L'utilisation d'outils participatifs dans le processus de décision administratif n'a qu'un but consultatif, et ne sert qu'à éclairer l'administration et ses agents sur les solutions alternatives qui peuvent être envisagées, ou à l'informer sur des problèmes qu'elle n'aurait pas soulevé elle-même. Même en admettant que l'immense majorité de la parole citoyenne soit, comme Lippman le pense, entièrement dénuée d'intérêt, ne vaut-il pas mieux quand même permettre une participation si elle permet de soulever ne serait-ce que quelques points valant le coup d'être mentionnés ? L'argument tiré du ralentissement de la procédure n'est que peu valable, dès lors qu'il ne semble pas difficile de pouvoir organiser une procédure permettant de concilier la nécessité de rapidité de la prise de décision administrative et l'utilisation de mécanismes participatifs. Que ce soit par l'imposition de délais pour les périodes de commentaires, comme pour la procédure de *notice and comment*, ou par des exceptions à la participation dans les cas d'urgence.

Conclusion –

L'idéal-type du gouvernement représentatif selon Bernard Manin se compose de quatre dimensions, « *l'élection des gouvernants à intervalles réguliers ; l'indépendance des gouvernants par rapport aux gouvernés dans la prise de décision ; réciproquement l'autonomie de l'opinion publique par rapport aux gouvernants ; enfin le fait que les décisions publiques sont prises après être passées par l'épreuve de la délibération publique* »³⁷⁴. La vision est celle d'un pouvoir de représentation oligarchique mais subissant des pressions citoyenne, la participation étant supposée être l'élément de renforcement des deux éléments démocratiques que sont l'élection et la délibération. Mais plus qu'un simple renforcement de la participation, il faut viser une réelle articulation entre participatif et représentatif, c'est-à-dire le maintien de la démocratie représentative avec adjonction de procédures de démocratie directe ou semi-directe. Cela permettrait l'émergence d'un nouveau pouvoir, celui des citoyens dans leur participation à la prise de décision.

L'idée d'un retard du modèle français de participation sur son homologue américain n'est plus valable aujourd'hui. Les deux ont leurs qualités et leurs défauts : une ouverture aux citoyens plus grande de la participation publique en France, avec des barrières moindres à l'entrée, en contrepartie d'une utilisation plus fréquente et plus constante des instruments participatifs aux États-Unis. Reste que les mécanismes sont dans les deux cas là, avec leurs imperfections et leurs manques d'impact réel sur la décision certes, mais ils ont le mérite d'exister.

Ce n'est pas un chantier facile que de redorer l'image de la démocratie représentative aux yeux désabusés des citoyens. L'institution de procédures, notamment au niveau local et dans des domaines moins spécifiques que l'environnement et l'expropriation, qui ressembleraient plus à une codécision qu'une simple consultation sans effet, aurait peut être le mérite d'intéresser de nouveau les citoyens à la chose publique.

Il est facile de se dédouaner d'une telle responsabilité et de simplement dire que le citoyen, même en présence de mécanismes comme ceux-ci, ne s'intéresserait pas à l'action publique. C'est une vision bien pessimiste des choses, que l'on peut entièrement contester. Le manque d'impact des mécanismes participatifs actuels, le manque de communication sur ces instruments, peuvent apparaître comme de meilleurs facteurs explicatifs de la faible réussite des instruments participatifs

374M-H. Bacqué, H. Rey et Y. Sintomer, *Gestion de proximité et démocratie participative* ; La Découverte, Coll. Recherches, 2005, cité p. 35

que le simple postulat du manque d'intérêt citoyen.

Aujourd'hui la seule façon pour l'administré de faire entendre sa voix est celle du contentieux, et donc du combat. Avec les barrières que cela implique en terme de durée des procédures, des coûts pouvant être rébarbatifs concernant les États-Unis, la France bénéficiant pour le coup de large possibilités d'action, et le fort potentiel d'échec après tant d'effort.

Il semble plus intelligent de vouloir permettre une influence citoyenne accrue a priori, ce qui, il est sur, présenterait de larges bénéfices pour l'Administration, que de se borner à le forcer, pour se faire comprendre, au recours contentieux. Il est aujourd'hui possible d'assister à un regain d'intérêt pour la chose publique, autant essayer d'utiliser ce phénomène pour en faire bénéficier la société plutôt que de l'ignorer.

Bibliographie

N.B. : sont assortis d'une astérisque les ouvrages et articles ayant été lus et ayant servis à aiguiller le mémoire mais n'étant pas cités dans le texte

Langue Française

• Ouvrages

- . BACQUÉ Maris-Hélène., REY Henri et SINTOMER Yves, *Gestion de proximité et démocratie participative* ; La Découverte, Coll. Recherches, 2005
- . BURDEAU François, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle* ; Montchrestien, Coll. Domat droit public, 2ème éd., 1994
- . CAPT Gloria, *Les Procédures Administratives en Droit Américain* ; Librairie Droz, 1989
- . CHEVALIER Jacques, *Science administrative* ; PUF, Coll. Thémis, 4ème éd., 2007
- . CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* ; PUF, 10ème éd., 2014
- . DONZELOT Jacques, *Quand la ville se défait – Quelle politique face à la crise des banlieues ?* ; Points, Coll. Essais, 2006
- . GOUTAL Yvon, PEYNET Philippe et PEYRONNE Adrien, *Droit des enquêtes publiques* ; Lamy, Coll. Axe Droit, 2012
- . GUGLIELMI Gilles et MARTIN Julien, *Démocratie de proximité – bilan et perspectives de la loi du 27 février 2002* ; Éd. Berger Levrault, 2013
- . HOSTIOU René, *Traité de droit des enquêtes publiques* ; Le Moniteur, Coll. Référence Juridique, 2ème éd., 2014

. KAPSALI Vassiliki, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse* ; LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015

. LE BOT Olivier, *Contentieux administratif*; Larcier, Coll. Paradigme, 2014

. MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Droit administratif*; LGDJ, 2013

. SEILLER Bertrand, *Droit administratif – Vol. 2 – L'action administrative* ; Flammarion, Champs Université, 6ème éd., 2016

. THOMAS Yves, *Histoire de l'administration* ; La Découverte, Coll. Repères, 1995

. ZIAMOU Theodora Th., *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe* ; Ashgate Publishing Company Ltd, 2001

• Revues

. BACHINI Bruno et TROUILLY Pascal, « Les procédures contradictoires dans le CRPA : de la clarté dans la continuité » ; RFDA 2016, Dalloz *

. BÉTAILLE Julien, « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus » ; AJDA 2010, Dalloz

. BHERER Laurence, « Les relations ambiguës entre participation et politiques publiques » ; Revue Participations, n°1, Cairn, 2011 *

. BLONDIAU Loïc et FOURNIAU Jean-Michel, « Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien ? » ; Revue Participations, n°1, Cairn, 2011

. BON Pierre, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; RFDA 2016, Dalloz

. DEFOORT Benjamin, « Définir la décision administrative dans le futur CRPA ? » ; AJDA 2015, Dalloz *

- . DELAUNAY Bénédicte, « Le contentieux de la procédure du débat public » ; AJDA 2006, Dalloz

- . DELAUNAY Bénédicte, « Le débat public » ; AJDA 2006, Dalloz

- . DELAUNAY Bénédicte, « Les limites aux recours contre les décisions de la Commission Nationale du Débat Public » ; AJDA 2004, Dalloz

- . DELVOLVÉ Pierre, « La définition des actes administratifs » ; RFDA 2016, Dalloz *

- . DE LESQUEN Xavier, « Le principe de participation : invocabilité et champ d'application » ; RFDA 2013, Dalloz *

- . DOMINO Xavier et BRETONNEAU Aurélie, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois » ; AJDA 2013, Dalloz

- . DUBREUIL Charles-André, « Le champ d'application du Code » ; RFDA 2016, Dalloz *

- . FONBASTIER Laurent, « La participation du public » ; AJDA 2015, Dalloz *

- . FOUCHER Karine, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement – Quelle portée juridique ? » ; AJDA 2006, Dalloz

- . GOURGUES Guillaume, RUI Sandrine et TOPÇU Sezin, « Gouvernamentalité et participation » ; Revue Participations, n°6, 2013

- . GOURGUES Guillaume et SAINTY Jessica, « Does Public Participation Only Concern Upper Classes ? The « Social Oligarchisation » of New Types of Democracy » ; CIRES WP Series n°1, HAL, 2011

- . HÉLIN Jean-Claude, « La concertation de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme » ; AJDA 2006, Dalloz

- . HÉLIN Jean-Claude, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation » ; AJDA 2010, Dalloz *

- . HÉLIN Jean-Claude, « La participation est-elle soluble dans la simplification » ; AJDA 2015, Dalloz
- . JÉGOUZO Yves, « La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation » ; AJDA 2010, Dalloz
- . JÉGOUZO Yves, « De la “participation du public” à la “démocratie participative” ? » ; AJDA 2006, Dalloz *
- . KRZATALA-JAWORSKA Ewa, « Internet, Complément ou Alternative à la Démocratie Participative » ; Revue Participations, n°2, Cairn, 2012
- . LABETOULLE Daniel, « Le Code des relations entre le public et l'administration – Avant-propos » ; RFDA 2016, Dalloz
- . MAZEAUD Alice, SA VILAS BOAS Marie-Hélène et BERTHOMÉ Guy-El-Karim, « Penser les effets de la participation sur l'action publique à partir de ses impensés » ; Revue Participations n°2, Cairn, 2012 *
- . MERMET Laurent, « Débattre sans savoir pourquoi : la polychrésie du débat public appelle le pluralisme théorique de la part des chercheurs » in Le débat public : une expérience française de démocratie participative ; REVEL Martine, BLATRIX Cécile, BLONDIAUX Loïc, FOURNIAU Jean-Michel, HÉRIARD DUBREUIL Bertrand et LEFEBVRE Rémi (Dir.) , La Découverte, Coll. Recherches, 2007
- . MOLINER-DUBOST Marianne, « Démocratie environnementale et participation du citoyen » ; AJDA 2011, Dalloz *
- . MONÉDIAIRE Gérard, « La participation du public organisée par le droit : des principes prometteurs, une mise en œuvre circonspecte » ; Revue Participations, n°1, Cairn, 2011
- . MORAND-DEVILLER Jacqueline, « Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique » ; RFDA 1996, Dalloz *

. ROUSSIN Juliette, « Délibérer à l'épreuve de la démocratie » ; Revue Participations, n°6, Cairn, 2013 *

. RUI Sandrine « “Où est-donc le danger” : Participation et usages de Foucault » ; Revue Participations, n°6, Cairn, 2013 *

. SAUNIER Sébastien, « L'association du public aux décisions prises par l'administration » ; AJDA 2015, Dalloz

. SAUVÊTRE Pierre, « La problématisation de la participation à travers l'histoire de la gouvernamentalité » ; Revue Participations, n°6, Cairn, 2013

. SINTOMER Yves, « Délibération et participation – Affinité élective ou concepts en tension » ; Revue Participations, n°1, Cairn, 2011

. TERNEYRE Philippe et GOURDOU Jean, « L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du « cercle des experts » et de la Commission supérieure de la codification » ; RFDA 2016, Dalloz

. THOMAS Isabelle, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics » ; RFDA 2004, Dalloz *

. VERDIER Henri et VERGNOLLE Suzanne, « L'État et la politique d'ouverture en France » ; AJDA 2016, Dalloz *

. VIALETES Maud et BAROIS DE SARIGNY Cécile, « Questions autour d'une codification » ; AJDA 2015, Dalloz

• Sources institutionnelles

. *Consulter autrement, Participer effectivement* ; Rapport du Conseil d'État sur la participation, La Documentation Française, 2011

. *La participation du citoyen et l'action publique* ; Rapport du Centre d'Analyse Stratégique, La Documentation Française, 2008

Langue Anglaise

• Ouvrages

. BRYNER Gary C., *Bureaucratic Discretion – Law and Policy in Federal Regulatory Agencies* ; Pergamon Government and Politics Series, Pergamon Press, 1987

. FUNK William F., SHAPIRO Sidney A. et WEAVER Russel L., *Administrative Procedure and Practice* ; 4ème éd., American Casebook Series, Thomson Reuters, 2010 *

. GILMORE Grant, *Ages of American Law* ; Yale University Press, 1977

. HAMBURGER Philipp, *Is Administrative Law Unlawful ?* ; Chicago University Press, 2014

. HERMAN PRITCHETT Charles, *The American Constitution* ; McGraw Hill, 1959

. KERWIN Cornelius M., *Rulemaking – How Government Agencies Write Law and Make Policy* ; 4ème éd., CQ Press, 2009

. LANDIS James M., *The Administrative Process* ; Yale University Press, 1938

. LUBBERS Jeffrey S., *A Guide To Federal Agency Rulemaking* ; 5ème éd., ABA's Section of Administrative Law, 2012

. MARSHAW Jerry L. et MERRILL Richard A., *Administrative Law – The American Public Law System* ; 2ème Éd., American Casebook Series, West Publishing, 1989

. NOVAK William J., *Salu Populi. The roots of regulation in America (1787-1873)* ; Thèse à la Brandeis University, reproduction UMI 1992, p. 4

. O'REILLY James T., *Administrative Rulemaking : Structuring, Opposing and Defending Federal Agency Regulations*; éd. 2016, Thomson Reuters, 2016

. ROBINSON Glen O., GELLHORN Ernest et BRUFF Harold H., *The Administrative Process*; 4th Ed., 1993, American Casebook Series, West Publishing Co.

. SCHWARTZ Bernard, *American Administrative Law*; Pitman Publishing Corporation, 1950

. WATTS Kathryn A., HERZ Michael, MURPHY Richard W., *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*; ABA's Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2ème éd.

• Revues

. CUSTOS Dominique, « The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies » ; The American Journal of Comparative Law, vol. 54, 2006

. DATLA Kirti et REVESZ Richard L., « Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies) » ; Cornell Law Review, n°98, 2013

. ENTIN Jonathan L., « Synecdoche and the Presidency : The Removal Power as Symbol » ; Case Western Reserve Law Review, n°47, 1997

. FERREE Myra M., GAMSON William A., GERHARDS Jürgen, RUCHT Dieter, « Four Models of the Public Sphere » ; in Theory and Society, n°31, 2002

. FUNK William, « Public Participation and Transparency in Administrative Law - Three Examples as an Object Lesson » ; Administrative Law Review, n°61, 2009

. GELLHORN Ernest, « Public Participation in Administrative Proceedings » ; Yale Law Journal, Vol. 81, 1972

. GIVATI Yehonatan, « Game Theory and the Structure of Administrative Law » ; The University of Chicago Law Review, Vol. 81, 2014 *

- . GLUCK Abbe R., O'CONNELL Anne Joseph et PO Rosa, « Unorthodox Lawmaking, Unorthodox Rulemaking » ; Columbia Law Review, Vol. 115, 2015 *
- . HOWE Louis E., « Administrative Law and Governmentality: Politics and Discretion in a Changing State of Sovereignty » ; Administrative Theory & Praxis, Vol. 24, 2002 *
- . JOHNSON Nate, « Flexible Rulemaking And The Limits of The Alaska Hunters Doctrine » ; Ecology Law Quarterly, 2011
- . MACEDO Stephan, « Against Majoritarianism: Democratic Values and Institutional Design » ; Boston University Law Review, Vol. 90, 2010
- . MERRILL Thomas W., « Presidential Administration and the Traditions of Administrative Law » ; in Columbia Law Review, Vol. 115, 2015
- . ROSE-ACKERMAN Susan, « Regulation and Public Law in Comparative Perspective » ; University of Toronto Law Journal, n°60, 2010
- . SCHOLTEN Miroslava, « Democratic Input Legitimacy of IRA's – Proposing an Assessment Framework » ; in Utrecht Law Review, Vol. 11, 2015
- . SHAPIRO Sidney et MURPHY Richard, « Public Participation Without a Public: The Challenge for Administrative Policymaking » ; Missouri Law Review, vol. 78, 2013 *
- . SHORT Jodi L., « The Political Turn in American Administrative Law – Power, Rationality and Reasons » ; Duke Law Journal, Vol. 61, 2012
- . SINAIKO Evelyn R., « Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking » ; California Law Review, Vol. 63, 1975
- . STASZEWSKI Glen, « Political Reasons, Deliberative Democracy and Administrative Law » ; Iowa Law Review, Vol. 97, 2012

. VERBA Sydney, NIE Norman H., KIM Jae-on, « Participation and Political Equality » ; Cambridge University Press, 1979

. VERMEULE Adrien, « No – Review of Philipp Hamburger, Is Administrative Law Unlawful » ; Texas Law Review, Vol. 93, 2015

. WEST William, « Administrative Rulemaking, An Old and Emerging Literature » ; Public Administration Review, Vol. 65, 2005

. WOODS Neal D., « Promoting Participation ? An Examination of Rulemaking Notification and Access Procedures » ; Public Administration Review, Vol. 69, 2009 *

Annexes

. **Document 1** : 5 U.S.Code §552 (source : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/553>)

(a) This section applies, according to the provisions thereof, except to the extent that there is involved—

- (1) a military or foreign affairs function of the United States; or
- (2) a matter relating to agency management or personnel or to public property, loans, grants, benefits, or contracts.

(b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include—

- (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;
- (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and
- (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved.

Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply—

- (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or
- (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest.

(c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection.

(d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date, except—

- (1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction;
- (2) interpretative rules and statements of policy; or
- (3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule.

(e) Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule.

. Document 2 : 5 U.S.Code §706 (source : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/706>)

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall—

- (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and
- (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be—
 - (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;
 - (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;
 - (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;
 - (D) without observance of procedure required by law;
 - (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or
 - (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.