

**Consulter autrement, participer effectivement.
Colloque du Conseil d'Etat sur le rapport public 2011**

Vendredi 20 janvier 2012

**Intervention de Jean-Marc Sauvé¹,
vice-président du Conseil d'Etat**

Monsieur le président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mes chers collègues,

Encore un rapport ! Et, de surcroît, un colloque pour expliquer le rapport ! La France, disait Rabourdin, l'employé de bureau dépeint par Balzac dans l'une de ses scènes de la vie parisienne, va « se ruiner en de si beaux rapports, et dissenter au lieu d'agir »². Surtout lorsque le rapport porte précisément sur la consultation et la participation d'instances diverses et variées à la prise de décision publique. Elle va alors se ruiner à consulter toujours plus d'estimables instances, d'honorables commissions et de prestigieux aréopages. Vraiment, était-ce nécessaire ?

Ma réponse, à cette question est évidemment positive : « Oui, ce rapport était nécessaire ». D'abord, parce que je préside l'institution qui a publié le rapport³ et organise le colloque : un argument d'autorité donc. Ensuite, vient l'argument de la tradition : chaque année, depuis la « naissance accidentelle » du rapport⁴, le Conseil d'Etat publie, tel un rituel, des *Considérations générales*. Je pourrais m'arrêter là, mais ce serait trop cultiver le paradoxe.

La meilleure réponse est que ce rapport était nécessaire, car il pose une question centrale pour notre vie démocratique, qui est celle du mode de formation de la décision administrative. Cela peut paraître anodin ; c'est pourtant primordial. Cette question revient à s'intéresser, au moins pour partie, aux fondements de la légitimité de l'action administrative. Elle conduit à interroger le lien complexe unissant les notions de démocratie et d'administration et les réalités qu'elles recouvrent. Longtemps, administrer a consisté à ordonner, au double sens de « mettre de l'ordre » et « donner des ordres », et être à être obéi. Aujourd'hui, administrer, c'est interagir avec divers partenaires, délibérer, choisir et rendre compte de ses choix. Il faut mesurer l'écart et même le gouffre qui sépare ces deux

¹ Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

² *Les employés*, Gallimard, 2009, p. 45.

³ Conseil d'Etat, *Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement*, Paris, La documentation française, 2011, ci-après *Rapport*.

⁴ O. Renaudie, « Dits, non-dits et clairs-obscur de la création du rapport », in P. Mbongo, O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'Etat*, Paris, Ed. Cujas, 2010, p. 17-20.

conceptions pour reconnaître à sa juste valeur l'importance du rapport préparé par la section du rapport et des études, et en particulier son président, Olivier Schrameck, et son rapporteur général, Jacky Richard. J'ajouterai que ce rapport remplit très bien plusieurs fonctions : une fonction de synthèse des principaux éléments et problématiques se rapportant à la question ; une fonction d'analyse des changements en cours et de leurs conséquences ; une fonction de proposition d'évolution des pratiques et des normes.

Et puis, le rapport doit susciter lui-même le débat, comme en témoigne le colloque d'aujourd'hui. J'en suis heureux, non seulement en tant que vice-président du Conseil d'Etat, mais aussi personnellement. Je remercie tous ceux qui ont concouru à son organisation, en particulier la section du rapport et des études, l'ENA qui nous accueille aujourd'hui ainsi que les intervenants qui vont partager leurs expériences et leurs réflexions avec nous.

Il me revient, précisément, d'ouvrir ce débat par une évocation du rapport, mais également par des observations plus générales et plus personnelles sur le sujet qui nous réunit.

Consulter autrement, participer effectivement. Le titre – et l'objet – du rapport et du colloque invite d'abord à une analyse de la pertinence de l'administration consultative, des procédures qui la mettent en œuvre et des conséquences juridiques de leur formalisme. Il invite aussi à imaginer de nouvelles formes de consultation, plus ouvertes et plus interactives, et à tester de nouveaux critères de légitimation de la décision publique. Il conduit enfin à dessiner les grands traits d'une nouvelle figure de l'administration, que le Conseil d'Etat suggère : l'administration délibérative.

Il est possible d'en tirer deux orientations : d'une part, les nouvelles exigences de participation et de délibération mettent à mal les modèles traditionnels de formation de la décision administrative (I). Et, d'autre part, le changement de figure de l'administration, pour que celle-ci devienne plus « délibérative », nécessite encore des évolutions profondes dont certaines sont déjà engagées (II).

I. Les modèles traditionnels de formation de la décision administrative sont confrontés aux nouvelles exigences de participation et de délibération.

Dans sa manière d'agir, l'administration est passée, en quelques décennies, de l'évidence de la relation d'autorité avec des « assujettis » à la conscience d'une nécessaire interaction avec des « partenaires ». Le changement n'est pas que sémantique. Il témoigne d'une prise en compte de plus en plus aiguë des exigences démocratiques dans la phase d'élaboration de la décision (A). Mais ce modèle d'administration démocratisée présente des limites qui s'accordent mal avec la prégnance actuelle des idées de participation et de délibération (B).

A. L'administration qui n'a jamais fonctionné de manière autarcique prend toujours plus en compte les exigences démocratiques.

Je ne reviendrai pas ici sur nombre de constats que le rapport pose de manière très pertinente. Je crois en revanche qu'il est utile, en introduction de cette journée, d'insister sur les moments-clés de l'ouverture démocratique de l'administration (1) ainsi que sur les raisons de celle-ci (2).

1. L'administration, initialement perçue comme gouvernée par le fait du Prince, puis comme une bureaucratie tendant à la rationalité et référée à la seule loi, s'est progressivement ouverte aux influences extérieures et ses rapports avec les administrés ont été redéfinis.

La volonté du décideur public d'associer à sa décision, par le biais de la consultation, de personnes éclairées ou qualifiées ou de représentants d'intérêts légitimes est ancienne. De manière quelque peu contre-intuitive, l'administration consultative est même apparue à ses débuts comme « intimement liée à une administration autoritaire »⁵. Si le phénomène n'est donc pas nouveau, l'histoire de l'administration a montré un développement rapide et continu des pratiques consultatives au cours du 20^{ème} siècle. A propos de ce sujet d'étude devenu important dès les années 1950, les auteurs insistaient sur le « prodigieux développement des organismes consultatifs de tous ordres auprès de l'administration active »⁶ et sur le fait que la consultation s'affirmait comme « un rite nécessaire » à la prise de décision⁷. L'administration consultative a ainsi constitué une première étape vers une administration plus démocratique⁸.

A partir des années 1970, les exigences de démocratisation se sont faites plus pressantes et ont imposé de dépasser le seul modèle consultatif. A titre d'exemple, le principe de participation s'est traduit en droit de la fonction publique par la réorganisation et l'extension des compétences des comités techniques et des commissions administratives paritaires ; la loi dite Bouchardeau a démocratisé la conduite des enquêtes publiques⁹. En outre, de manière complémentaire, à une administration secrète dans son principe a succédé une administration plus transparente, en particulier en conséquence du triptyque législatif de la fin des années 1970 qu'ont été la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la loi sur l'accès aux documents administratifs et la loi sur la motivation des actes administratifs¹⁰.

La démocratisation de l'administration s'est encore accentuée au cours des années 1990 et 2000 : la prise de décision a été, de plus en plus, précédée d'une phase réellement participative. Des procédures menées bien en amont de la décision publique, laissant la possibilité à chacun de participer à une discussion collective dont procèdent des choix, dès lors vus comme collectifs, sont emblématiques des mutations qui touchent alors l'action publique. L'organisation de débats publics sur les grands projets d'infrastructure est un exemple pertinent de cette évolution, bien qu'un peu à part tant ce mode de participation présente de spécificités, notamment en ce qu'il est normativement très encadré par rapport à d'autres initiatives. Il est aussi possible de mentionner la multiplication des états généraux, des assises, voire des « Grenelle », néologisme forgé à partir du grand débat « à 5 » de 2007 sur l'environnement, ainsi que la possibilité de plus en plus répandue de déposer des commentaires par la voie électronique auprès de l'administration ou de l'autorité responsable de l'édiction d'une norme. Depuis 2003, peuvent également être soumis à référendum dans les collectivités territoriales les projets de délibération relevant de leurs compétences¹¹.

Plusieurs leviers sont ainsi actionnés : principalement l'information, la consultation, la transparence, la participation, voire même la décision directe du public. Ces changements

⁵ A. Heilbronner, R. Drago, « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959, n° 1, p. 57. Le Roi, on le sait, exerçait le gouvernement par conseil. Le système de la polysynodie mis en place en 1715 en est un exemple éclairant. Ainsi que l'a montré Yves Weber dans sa thèse, le système consultatif fut remis en cause par la Révolution, particulièrement en ce qui concerne la représentation des intérêts professionnels (Y. Weber, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1968, p. 9-11). L'Empire donnera en revanche la part belle à l'administration consultative – le Conseil d'Etat en est bien sûr un exemple qui illustre d'ailleurs jusqu'à nos jours la permanence de la fonction consultative.

⁶ A. Heilbronner, R. Drago, *op. cit.*, p. 57.

⁷ Y. Weber, *op. cit.*, p. 5.

⁸ M. Le Clainche, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *Revue française d'administration publique*, 2011, n° 137-138, p. 39-48.

⁹ Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

¹⁰ Sur ce mouvement voir notamment B. Lasserre, N. Lenoir et B. Stirn, *La transparence administrative*, Paris, PUF, 1987 ; Conseil d'Etat, *La transparence administrative*, Rapport public 1995, Paris, La documentation française.

¹¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République et loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local.

ont trois conséquences liées, mais distinctes. Ils induisent une transformation de l'administration. Le formalisme auquel est soumise l'administration est renforcé. Ils conduisent enfin à faire émerger un « citoyen » administratif qui participe plus activement que l'administré ou l'utilisateur à la vie de l'administration et qu'ont consacré au plan sémantique la lettre et le contenu de la loi du 12 avril 2000¹².

2. L'administration répond par l'utilisation de ces procédures à de multiples exigences. Celle de qualité de la décision publique, d'abord. La démocratie administrative postule que la décision, éclairée par l'avis d'experts, de groupements d'intérêts ainsi que des points de vue des citoyens, est nécessairement meilleure que celle prise en autarcie : l'ouverture est plus fructueuse et efficace que l'isolement. La prise en compte de l'expression des milieux concernés participe de ce premier objectif, mais elle représente, en tant que telle, un objectif différent. Autant que la qualité, par le biais de la participation, c'est une plus grande légitimité de la décision qui est recherchée ainsi qu'une meilleure protection des droits des administrés.

Le rôle joué par certains principes juridiques, comme aiguillon d'une meilleure préparation de la décision, est à cet égard remarquable. Il en va ainsi de principes généraux du droit, tel que celui des droits de la défense dégagé par le Conseil d'Etat avec les arrêts *Dame Veuve Tromprier-Gravier* et *Aramu*¹³. Il en va également ainsi des principes constitutionnels de participation et de droit à l'information tels qu'énoncés par le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en ce qui concerne les relations sociales¹⁴, et, plus récemment, par la Charte de l'environnement en son article 7¹⁵, pour les enjeux écologiques.

Ces dynamiques juridiques naissent aussi au-delà de nos frontières. Des normes non issues du Parlement s'appliquent parfois directement, qu'il s'agisse de dispositions de conventions internationales directement applicables, du droit de l'Union européenne ou de la convention européenne des droits de l'homme¹⁶. Le droit de l'environnement constitue à cet égard un terrain particulièrement fertile¹⁷. Mais le droit se diffuse également par capillarité :

¹² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. L'émergence de cette notion n'est pas démentie par la place de choix que lui réservent désormais certains manuels et traités de droit administratif. Voir par exemple V. Champeil-Desplats, « La citoyenneté administrative », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 397-432 ; D. Truchet, *Droit administratif*, Paris, PUF, Thémis, 2011, 4^{ème} éd., p. 144-163.

¹³ CE, sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*, n° 69751, *Rec.* p. 133 ; CE, 26 octobre 1945, *Aramu*, n°77726, *Rec.* p. 213.

¹⁴ « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel, ce droit s'applique également aux fonctionnaires (décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977 à propos de la loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961).

¹⁵ « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

¹⁶ Sur les influences de sources de droit non nationales sur l'élaboration de la décision administrative, voir notamment dans J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, les contributions de R. Noguellou (« Le régime de l'acte administratif de mise en œuvre du droit communautaire » p. 759-774 et « L'influence du droit communautaire sur le régime des décisions administratives » p. 915-930) et de L. Azoulai (« Le principe de bonne administration », p. 493-518) ; dans le n° 137-138 de la *Revue française d'administration publique* (2011) les contributions de J.-F. Flauss (« L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », p. 49-58), de J.-P. Jacqué (« Le droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », p. 79-84) ainsi que de D. Curtin et de J. Mendes (« Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'Union européenne », p. 101-122). Pour une perspective en droit étranger, voir par exemple L. Ortega, « On the transformation of Spanish administrative procedural law under the influence of European law », in J. Schwarze, *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 137-174.

¹⁷ On pense bien entendu, entre autres, à la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée le 25 juin 1998 ainsi qu'aux directives

l'exemple des droits étrangers incite ainsi à adopter une attitude réflexive quant à nos pratiques administratives et à les faire évoluer.

Ainsi, les modèles changent : administrer n'est plus seulement ordonner ; c'est aussi interagir. Mais ce système d'administration trouve néanmoins des limites.

B. Le modèle actuel d'administration démocratique ne répond toutefois pas de manière suffisante à l'impératif délibératif.

Les limites des procédures actuelles de consultation et de participation (1) comme la percée des idées de participation et de délibération (2) incitent à faire évoluer, sinon à repenser, la prise de décision administrative et à s'orienter vers un autre modèle d'administration.

1. Le premier constat dressé par le rapport du Conseil d'Etat est celui des limites des différents systèmes associant à la prise de décision les partenaires de l'administration.

L'administration consultative est à juste titre qualifiée par ce rapport de lourde et complexe. Elle a été longtemps hypertrophiée, au point que l'on n'a pas pu tout simplement dénombrer les commissions et organes consultatifs existant au niveau de l'Etat. Elle est également source de complications procédurales et facteur de ralentissement de la prise de décision. Ces écueils sont intrinsèques au système consultatif : dès lors, si des améliorations peuvent sans doute lui être apportées, le recours à de tels mécanismes peut apparaître comme une solution qui, au regard de son coût et de ses avantages, n'est pas idoine dans tous les cas.

Les nouvelles formes de consultation présentent également des faiblesses qui susciteront, je n'en doute pas, la controverse. La participation aux débats publics est souvent insuffisante. Il ne suffit pas de permettre la discussion pour que celle-ci ait lieu et les voies de la mobilisation des citoyens recèlent bien des difficultés et des traverses. Un débat ouvert met souvent en évidence l'insuffisante représentativité de certaines personnes intéressées et il relativise naturellement la parole experte au regard de la parole profane, voire de la parole engagée ou militante, tandis que la parole de l' élu, qui a sa légitimité propre, est difficilement audible. Un débat ouvert peut même conduire, plus qu'à une véritable discussion collective, à une cristallisation des positions antagonistes des différents groupes de participants. Les consultations par Internet semblent aussi, parmi d'autres défauts, favoriser une segmentation, une atomisation plus qu'une synthèse ou une globalisation des intérêts¹⁸ et des contributions.

Enfin, le degré élevé de formalisme procédural¹⁹ auquel est soumise l'administration impose de se poser la question de ses conséquences contentieuses. Ce débat est certes ancien²⁰, mais il est aujourd'hui attisé par le renforcement de ce formalisme. Du fait de la multiplication des procédures et de leur complexité, celles-ci peuvent souvent être accomplies incomplètement ou inexactement et donc de façon irrégulière. Doivent-elles pour autant être jugées illégales et annulées ? La réponse à cette question confronte le juge à deux impératifs contradictoires : celui de ne pas saper l'efficacité de l'action administrative en imposant une

n°2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et n°2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. Parmi une littérature abondante sur le sujet, voir J.-L. Pissaloux, « La démocratie participative dans le domaine environnemental », *Revue française d'administration publique*, 2011, n° 137-138, p. 123-137.

¹⁸ H. Belrhali-Bernard, « La pratiques des consultations sur internet par l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2011, n° 137-138, p. 189-190.

¹⁹ Entendu comme la « réglementation positive et impérative des opérations relatives à l'opération normatrice » (S. Saunier, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, PU d'Aix-Marseille, 2007, t. 2, p. 639).

²⁰ Voir par exemple la note publiée par Marcel Waline sous CE, 16 novembre 1928, *Foucher (Notes d'arrêts*, Paris, Dalloz, t. 1, p. 538-539).

sorte de fétichisme de la forme et celui de la protection des droits des administrés et, tout simplement, du principe de légalité. Le président Odent écrivait que les règles de procédure n'ont de valeur juridique « que dans la mesure où elles constituent des garanties destinées à protéger tout à la fois les administrés et l'administration elle-même »²¹. Le formalisme ne doit pas en effet, selon le mot de Marcel Waline, être une « arme à double tranchant » qui, n'apportant aucune garantie supplémentaire aux administrés, sanctionnerait le non-respect de « chinoïseries administratives » retardant, parfois considérablement, l'action administrative²². Il faut donc, en d'autres termes, rompre avec la fatalité du vice de procédure générateur d'annulations systématiques²³.

2. Le second constat que l'on peut dresser, parallèlement à celui des limites des procédures traditionnelles ou plus novatrices de consultation, est celui de la percée des idées de délibération et de participation comme fondement nécessaire de la décision.

Ce qui frappe en effet est l'émergence d'un « impératif délibératif »²⁴, d'un « devoir débattre »²⁵. Il y a dans cette idée un lien évident avec de nombreux travaux, à commencer par ceux de Jürgen Habermas et du professeur Bernard Manin²⁶. Selon ces auteurs, la raison procédurale doit être vue comme une condition essentielle de la légitimité de la décision, car le principe de la légitimité démocratique lui-même « doit être recherché dans le processus de formation de la décision collective »²⁷. Et comme le souligne Bernard Manin, cette thèse trouve une traduction « comme phénomène social, dans plusieurs secteurs, celui de la mise en œuvre des politiques publiques en particulier »²⁸.

Cette thèse tranche avec la pensée rousseauiste selon laquelle la légitimité de la loi et, par extension, de la décision publique, tient à l'expression de la volonté générale et à sa conformité de principe à l'intérêt général ou au bien commun. Elle repose sur la prémisse que l'échange est porteur de sens, que ni le décideur ni le citoyen ne sont, lorsque commence la délibération, imperméables à l'argumentation rationnelle d'autrui. L'idée délibérative pare la discussion collective de vertus persuasives. L'administration ressortirait de ce processus plus apte à prendre la décision qu'elle est, il faut le rappeler, la seule légitime, *in fine*, à prendre. La délibération aurait pour conséquence, en quelque sorte, de transcender l'intérêt général, tel qu'il est traditionnellement défini par la loi ou l'autorité publique.

Le professeur Jacques Chevallier voit dans ces évolutions une marque de l'Etat post-moderne où « l'octroi aux citoyens d'un pouvoir d'intervention dans la marche de l'administration est censé combler les lacunes de la démocratie représentative »²⁹. L'administration deviendrait ainsi démocratique par ses pratiques et plus seulement par sa subordination à une autorité responsable devant une assemblée élue par le peuple. On ne manquera pas de relever ce qui, en d'autres temps, serait apparu comme un oxymore car, ainsi que le soulignait Jean Rivero, « pour les libéraux du 19^{ème} siècle, héritiers de la pensée de 1789, l'administration n'avait pas de contenu intrinsèque : la notion d'exécution des lois

²¹ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, t. 2, p. 425.

²² M. Waline, *op. cit.*, p. 539.

²³ Voir sur ce point l'analyse du président Labetoulle dans « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, p. 479-488.

²⁴ L. Blondiaux, Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, 2002, n°57, p. 17-35.

²⁵ C. Blatrix, « Devoir débattre. Les effets de l'institutionnalisation de la participation sur les formes de l'action collective », *Politix*, 2002, n°57, p. 79-102.

²⁶ Voir notamment J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985, n° 1, p. 72-94.

²⁷ B. Manin, « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques », *Politix*, 2002, n° 57, p. 38.

²⁸ *Ibid.*, p. 41.

²⁹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 170.

l'enfermait tout entière »³⁰. Dans une telle conception, l'administration ne pouvait être ni démocratique, ni délibérative, puisque sa seule fonction était de mettre en œuvre la volonté du peuple. Le chemin parcouru, qui tient tant à la mutation de la notion d'administration qu'à celle de démocratie, apparaît alors, d'hier à aujourd'hui, immense.

La figure jacobine de l'administration, puisant sa force dans la puissance que lui conférait son rôle de servante passive et muette de la volonté générale exprimée par le Parlement, s'estompe. Mais elle ne s'efface pas ; elle coexiste avec la figure d'une administration tirant sa légitimité de la discussion, de l'interaction. Cela conduit à plaider pour une véritable administration délibérative.

II. Alors que de récentes réformes tendent à mettre en œuvre ce nouvel esprit de l'action administrative, d'autres évolutions sont nécessaires à l'émergence d'une administration plus nettement délibérative.

L'administration est délibérative, dès lors qu'elle fait sienne « l'idée que les autorités publiques, quel que soit le niveau territorial de leur ressort, ne peuvent plus faire face seules aux enjeux complexes qui relèvent de leurs attributions et qu'elles doivent trouver des solutions en concertation avec les citoyens et les parties prenantes pour préparer des décisions mieux comprises et mieux acceptées »³¹. Des réformes diverses ont déjà été menées en ce sens (A). Dans son rapport, le Conseil d'Etat propose toutefois d'aller plus loin pour rendre l'administration réellement délibérative (B).

A. Les réformes déjà entreprises permettent une participation plus effective et moins formaliste des partenaires de l'administration.

Les évolutions récentes se traduisent d'abord par un encadrement du pouvoir normatif de l'administration, qui est subordonné à l'accomplissement de procédures délibératives se caractérisant souvent par leur souplesse (1). Ces évolutions s'accompagnent d'une dynamique de découplage entre le vice de procédure et l'illégalité de la décision (2).

1. La mise en œuvre juridique de l'administration consultative ou des prémisses de l'administration délibérative se révélant trop complexe, le législateur comme le pouvoir réglementaire se sont attachés à y remédier.

La simplification des institutions de l'administration consultative a procédé d'un constat partagé de lourdeur. Deux décrets des 7 et 8 juin 2006 ont notamment clarifié les règles de création et de vie des commissions administratives, en veillant à la réduction de leur nombre, à leur regroupement et leur péremption³². Cette remise en ordre permanente nécessite un travail constant et difficile du secrétariat général du Gouvernement qui doit faire prévaloir sur les justifications conjoncturelles ou ponctuelles une vision globale et cohérente de l'administration consultative³³.

Mais cette politique d'allègement ne suffit pas.

³⁰ J. Rivero, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 825.

³¹ *Rapport*, p. 95.

³² Décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif et décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives.

³³ *Rapport*, p. 98-100.

Deux procédures allant au-delà des mécanismes habituels de consultation ont particulièrement retenu l'attention du Conseil d'Etat dans son rapport. La première est celle prévue par l'article L.1 du code du travail³⁴, qui apparaît comme un « point d'équilibre original entre l'attachement à la négociation sociale et la prééminence donnée à la loi »³⁵. La première phase est informative : le Gouvernement transmet aux partenaires sociaux un document présentant la mesure envisagée. Les partenaires ont alors le choix de déclencher une deuxième phase, qui est celle de la négociation. La troisième phase est celle d'une consultation des organisations professionnelles représentatives sur les projets de texte législatif et réglementaire³⁶. Ce dispositif présente de réels avantages en permettant une participation des partenaires sociaux, dès lors que ceux-ci le souhaitent, à l'élaboration des règles du droit social. C'est selon cette procédure qu'ont pu être réformées les règles gouvernant la représentation syndicale³⁷, mais aussi la rupture conventionnelle du contrat de travail³⁸ ou la formation professionnelle³⁹.

L'article L.300-2 du code de l'urbanisme permet également une réelle souplesse dans la consultation et d'adapter les modalités de celle-ci aux caractéristiques du projet, car il appartient au conseil municipal⁴⁰ de délibérer sur les objectifs poursuivis ainsi que sur les modalités de la concertation.

Une importante réforme normative doit enfin être mentionnée sur ce point : l'article 16 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit⁴¹ issue d'une proposition de la loi du président Warsmann. Aux termes de cette disposition, lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission administrative, elle peut, sous réserve d'exceptions fixées par la loi⁴², décider d'organiser une consultation ouverte, sur Internet, qui se substitue à la consultation initiale. Cette réforme sera discutée ce matin, ainsi que sa mise en œuvre par le décret du 8 décembre 2011⁴³. Je tiens à souligner l'importance autant symbolique que pratique qu'elle revêt.

Divers outils permettent donc d'engager l'administration dans une voie plus délibérative selon des méthodes plus souples. Un deuxième mouvement peut être observé : celui d'un découplage entre vice de procédure et annulation de la décision.

2. Le degré élevé de formalisme de la décision administrative pose, comme je l'ai dit, la question de la sanction contentieuse en cas de manquement à celui-ci. Il me semble que, pour rompre avec la fatalité que j'ai évoquée du vice de procédure, deux voies peuvent être empruntées.

La voie législative tout d'abord. Le législateur a ainsi œuvré pour renforcer la sécurité juridique dans certains domaines, en particulier celui de l'urbanisme. C'est par

³⁴ Article issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social et codifié par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative à la partie législative du code du travail, ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

³⁵ *Rapport*, p. 101.

³⁶ Sur le champ d'application du dispositif, voir Conseil d'Etat, *Rapport public 2009, Paris, La documentation française*, p. 161-163.

³⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

³⁸ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

³⁹ Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

⁴⁰ Ou à l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale.

⁴¹ Loi n° 2011-525.

⁴² La loi prévoit ainsi que « demeurent obligatoires les consultations d'autorités administratives indépendantes prévues par les textes législatifs et réglementaires, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle ou traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles mettant en œuvre le principe de participation ». Les mesures nominatives sont pour leur part exclues du champ d'application de l'article 16.

⁴³ Décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet.

exemple le sens de l'article L.300-2 du code de l'urbanisme, qui souligne que les documents d'urbanisme et les opérations mentionnées à cet article ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation qu'il instaure. L'article L.600-1 du code de l'urbanisme constitue également un exemple pertinent, en ce qu'il limite la possibilité d'invoquer, par voie d'exception, l'illégalité pour vice de forme ou de procédure des principaux documents d'urbanisme, dès lors qu'un délai de six mois à compter de la prise d'effet de ce document s'est écoulé. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables, dès lors que les vices sont particulièrement substantiels (ainsi d'une méconnaissance grave des dispositions relatives à l'enquête publique).

De manière très significative, le législateur s'est à nouveau saisi de cette question avec l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 déjà mentionnée. Je ne voudrais pas empiéter ici sur le propos du président Warsmann, qui est, je l'ai dit, l'auteur de la proposition de loi dont ce texte est issu et donc l'inspirateur de cette disposition et qui nous apportera à son sujet de précieux éclairages. Dans sa rédaction, le législateur s'est appuyé sur la notion, qui n'était pas inconnue de la jurisprudence, mais était un peu perdue de vue, de vice substantiel susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision, pour faire le partage entre les actes susceptibles d'être annulés et les autres. Il a ainsi engagé au plan législatif le découplage entre vice de procédure et illégalité de la décision devant entraîner son annulation. Il met également fin, ce qui simplifie l'état du droit, à la distinction issue de la jurisprudence entre consultation obligatoire et consultation facultative.

La part du législateur dans ces évolutions est donc grande. A ses côtés et sous son inspiration, marche en bonne intelligence le juge. Le dialogue implicite mené entre le juge et le législateur est assurément stimulant et fécond : il permet d'avancer, dans ce qui est un duo et non un duel, vers un but commun, celui de la réduction du nombre des illégalités qui procéderaient d'une approche trop formaliste des consultations et, plus largement, des vices de procédure. L'arrêt du Conseil d'Etat *Danthony* du 23 décembre 2011 participe de cette discussion constructive⁴⁴. L'article 70 de la loi du 17 mai 2011 a en effet incité le Conseil d'Etat à clarifier sa jurisprudence antérieure qui, il faut bien le reconnaître, n'était pas d'une grande lisibilité sur les consultations obligatoires ou non et les vices substantiels ou non et sur les effets de ces derniers quant à la légalité des actes subséquents. Visant de manière générale l'ensemble des vices pouvant affecter le déroulement d'une procédure administrative préalable à une décision, l'assemblée du contentieux a jugé que de tels vices ne peuvent entacher sa légalité et justifier son annulation, que s'ils ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision ou s'ils ont privé les intéressés d'une garantie. Allant au-delà des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, cette jurisprudence s'inscrit bien dans les pas de la réforme opérée par le législateur.

Le législateur, l'administration et le juge participent donc, dans le cadre de leurs compétences respectives, à une plus grande ouverture de l'administration à ses partenaires dans un cadre plus souple, caractérisé par un moindre formalisme.

Cette ouverture de la prise de décision qui veille de surcroît à extirper des « nids de contentieux » doit s'appuyer sur un plus grand effort de transparence des informations et des données publiques. A cet égard, la politique d'open data inaugurée en France par le décret n° 2011-194 du 21 février 2011 et la création d'Etalab⁴⁵ favorise une participation plus éclairée des citoyens aux débats et à la prise de décision publique, en permettant de passer d'une logique de demande d'informations – la communication des documents administratifs –

⁴⁴ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, à paraître au *Recueil*.

⁴⁵ Etalab est le nom de la mission chargée de l'ouverture des données publiques et du développement de la plateforme française Open Data.

à une logique d'offre, c'est-à-dire de mise à disposition gratuite d'informations sur l'internet, qui peuvent par ailleurs – mais c'est un autre sujet – faire l'objet d'une exploitation économique. De quérable, l'information publique devient portable. Des évolutions apparaissent toutefois encore nécessaires pour progresser dans la voie de l'administration délibérative.

B. Les propositions formulées par le Conseil d'Etat dans son rapport public 2011 dessinent les traits de l'administration délibérative.

Le Conseil d'Etat n'a pas cherché, il est important de le souligner, à porter atteinte à la démocratie représentative, à conférer à l'administration un pouvoir qui relève des organes délibérants de l'Etat et des collectivités territoriales, ni à faire des seuls citoyens intéressés le fondement ultime de toute prise de décision. Partant de l'idée selon laquelle la clarté et la loyauté de la procédure et du débat renforcent la légitimité de la décision, il apparaît toutefois que l'administration gagnerait à mieux « prendre en compte l'objectif de dialogue interactif, maîtrisé et transparent dans ses processus d'action et de gestion »⁴⁶. Il convient dès lors de favoriser un tel dialogue mais également d'en fixer les règles du jeu. Le Conseil d'Etat propose ainsi d'introduire un corps de principes directeurs dans une loi-code (1), afin d'encourager et de sécuriser les consultations ouvertes conduites bien en amont de la décision (2). Je ne reviendrai bien entendu pas sur toutes ses recommandations, qui font au demeurant l'objet d'une présentation complète dans son rapport.

1. Il a tout d'abord semblé au Conseil d'Etat qu'une telle loi serait un vecteur optimal de l'introduction de nouvelles pratiques, s'appuyant sur celles déjà existantes, ainsi que de l'affirmation de principes directeurs nécessaires pour éviter les dérives qui résulteraient inévitablement de l'absence totale d'encadrement. L'idée d'un code de l'administration, un temps envisagée, a été abandonnée pour des raisons d'opportunité. La Commission supérieure de codification l'a jugée, dans son rapport 2006, « artificielle », car les textes importants (loi sur la communication des documents administratifs ou loi sur l'informatique et les libertés par exemple) ont une unité propre⁴⁷. Ce qui est dès lors poursuivi est l'édiction d'une loi, ou loi-code, clairement identifiée par les citoyens, qui contiendrait les principes directeurs de la prise de décision publique, lorsque le public y est associé dans le cadre de concertations ouvertes.

Ces principes directeurs sont au nombre de six⁴⁸. Ils visent à donner la possibilité aux citoyens et groupements de s'exprimer de manière effective, c'est-à-dire en garantissant l'accessibilité des informations nécessaires (1), en assurant le dépôt des observations (2) et en donnant un délai raisonnable pour s'exprimer (3). L'impartialité et la loyauté de la concertation doivent également être garanties par le recours, chaque fois que c'est nécessaire, à un tiers garant (4) ainsi qu'en assurant un équilibre de représentativité, notamment par la participation d'organismes minoritaires (5). Enfin, le respect du « processus itératif et progressif qui caractérise toute démarche délibérative »⁴⁹ impose à l'administration de donner des informations sur les suites projetées et ce, dans un délai proportionné à l'importance de la réforme (6). La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a ainsi expressément pris en compte cet impératif⁵⁰.

⁴⁶ Rapport, p. 91.

⁴⁷ Commission supérieure de codification, *Dix-septième rapport annuel (2006)*, Paris, La documentation française, 2006, p. 17-18.

⁴⁸ Rapport, p. 87-89.

⁴⁹ Rapport, p. 123.

⁵⁰ Articles L.121-13 et L.121-13-1 du code de l'environnement.

2. Ces principes directeurs ont vocation à permettre un rééquilibrage de la phase préalable à l'édiction de la décision ; plutôt que de nombreuses consultations formelles, caractéristiques de l'administration consultative, l'administrative délibérative suppose l'existence de consultations plus larges et ouvertes, prenant place très en amont des projets. Celles-ci permettraient en aval un allègement des procédures de consultation, qui répondraient dès lors à une utilité fonctionnelle ou institutionnelle avérée. C'est bien un nouvel équilibre qu'il s'agit de promouvoir ; la procédure, menée plus en amont, serait en effet plus souple et plus ouverte.

Je souhaite, à ce stade, insister sur deux points. Pour que ce nouvel équilibre puisse être atteint, le rôle d'un tiers garant peut être essentiel. Il ne sera pas toujours nécessaire. Mais dès lors que les enjeux en cause sont importants, un tiers impartial et compétent devrait jouer le rôle de modérateur de la discussion et de garant de son bon déroulement. Il pourrait, comme le suggère le Conseil d'Etat, être confié à des magistrats ou à des autorités administratives indépendantes. La Commission nationale du débat public, ou ses commissions particulières, peuvent déjà jouer ce rôle. Je note en outre que depuis la loi du 12 juillet 2010 déjà mentionnée, dite Grenelle II, la CNDP peut même « désigner un garant de la concertation » (article L.121-9 du code de l'environnement).

Enfin, toutes les évolutions que je viens d'évoquer doivent être pensées au regard des avancées de la société de l'information. Le réseau internet permet des consultations ouvertes et simples. Les exemples d'utilisation de ce réseau sont multiples, en France bien entendu, mais des bonnes pratiques et des usages originaux existent également à l'étranger, au sein de l'Union européenne ou encore d'organisations internationales comme l'OCDE⁵¹. Pierre Rosanvallon souligne une fonction majeure d'internet en démocratie, qui « réside dans son adaptation spontanée aux fonctions de vigilance, de dénonciation et d'évaluation »⁵² caractéristiques de la contre-démocratie. En d'autres termes, « l'apport majeur d'internet provient peut-être surtout de sa fonction de mise à l'épreuve continue de la décision publique »⁵³. Mais l'internet est un outil qui recèle aussi autant de risques que d'atouts et il est particulièrement nécessaire de bien définir les règles et les conditions d'une consultation par ce réseau. La simplicité et la fluidité d'internet appellent, pour sauvegarder la loyauté des consultations, un minimum de dispositions de procédure. De même, les transformations rapides des technologies de l'information questionnent toujours plus les mécanismes de participation et de délibération. Quelles seront par exemple les conséquences du développement des réseaux sociaux dans la dynamique délibérative ? A toutes ces nouvelles questions, nous devons être attentifs.

*

* *

Au terme de cette introduction, il faut revenir aux données fondamentales. La démocratie représentative, au niveau national comme au plan local, reste plus que jamais notre horizon, mais elle ne peut suffire à légitimer toutes les décisions administratives, centrales ou locales. La « verticale du pouvoir »⁵⁴ s'estompe donc au profit d'une

⁵¹ Sur ces points, voir H. Belrhali-Bernard, *op. cit.*

⁵² P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 75.

⁵³ *Rapport*, p. 122.

⁵⁴ Expression revendiquée par les autorités russes au cours de la dernière décennie, qui peut rendre compte de manière simplifiée du modèle d'administration napoléonienne.

« horizontalité réticulaire », pour reprendre les termes du rapport du Conseil d'Etat⁵⁵. A l'exercice unilatéral de l'autorité qui décide et contraint, succède progressivement l'impératif de la concertation, de la discussion, voire même de la délibération. Il ne s'agit pas d'ébranler, de renverser ou de remettre en cause radicalement des processus de décision qui, dans les faits, n'existent déjà plus tels qu'ils sont décrits par la loi, le règlement et les ouvrages de droit qui en rendent compte. Il s'agit plutôt de faire évoluer des dispositifs épars qui ont une assise juridique insuffisamment assurée, de les réguler le cas échéant, de les étendre aussi, tout en remédiant parallèlement aux infirmités et aux limites de l'administration consultative. La démarche proposée – qui peut prendre appui sur des bonnes pratiques existantes – est certes ambitieuse, mais elle est aussi prudente et progressive.

Le rapport du Conseil d'Etat fait preuve d'optimisme. Il exprime une réelle confiance dans l'évolution des pratiques de l'administration et, plus généralement, de la démocratie. Mais optimisme n'est pas candeur. Il serait naïf de penser que la dynamique délibérative sera à elle seule suffisante pour lever les hypothèques pesant sur la légitimité de l'action publique. La pensée de J. Habermas ou celle de B. Manin ne postulent pas la fin de celle de Rousseau et de la volonté générale exprimée par le peuple ou ses représentants. De même, l'intérêt général, le bien commun ont une dimension substantielle et ne peuvent pas être définis uniquement comme le fruit d'une procédure, aussi contradictoire et équitable soit-elle. En d'autres termes, il faut se méfier de l'angélisme délibératif, autant qu'il faut se garder de négliger cette nécessaire et bénéfique évolution.

Les réflexions que le Conseil d'Etat a approfondies lors de l'écriture – je n'ose dire : de la délibération – de son rapport et que nous poursuivons aujourd'hui en appelleront nécessairement d'autres qui ne peuvent se limiter au seul champ du droit. Dans ce domaine comme en d'autres, il faut éviter la tendance contemporaine à toujours plus de spécialisation et donc de segmentation. Je ne doute pas que la journée d'aujourd'hui sera l'occasion de « désegmenter » la réflexion sur la prise de décision publique et d'ouvrir des portes sur de nouveaux horizons et, notamment, sur les nouvelles dimensions du « vivre-ensemble » dans nos sociétés. Il appartient par conséquent à chacun de nous et, bien sûr aussi, au Conseil d'Etat lui-même d'ouvrir son regard et sa réflexion sur les multiples dimensions de ce sujet – comment ensemble concevoir et mettre en œuvre des projets d'intérêt collectif ? – et sur l'ensemble des prolongements et des questionnements qu'il implique.

⁵⁵ *Rapport*, p. 69.