

RAPPORT FINAL

TOME 1

LA PARTICIPATION DU PUBLIC À L'ÉLABORATION DES TEXTES RÉGLEMENTAIRES NATIONAUX EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER. EXIGENCE DÉMOCRATIQUE, NÉCESSITÉ JURIDIQUE

Responsable scientifique : Gérard MONÉDIAIRE

CRIDEAU-OMIJ

*Faculté de droit et des sciences économiques
32 rue Turgot, BP3126 - 87031 LIMOGES Cedex
Tél : 05 55 34 97 25
gerard.monediaire@unilim.fr*

Date d'engagement subvention MEDDTL : 19 octobre 2009

Avenant de prolongation de deux mois de la durée du projet sans modification de durée de la convention notifié le 25 octobre 2012

Montant du budget :

117 170 € pour le CRIDEAU-OMIJ (LAPSAC, CERAL) : convention 0006425

58 087 € pour le CIDCE : convention 0006426

Total : 175257 €

Participants au projet :

Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement de l'Aménagement et de l'Urbanisme - CRIDEAU-OMIJ – EA 3177 - Université de Limoges (Coordonnateur)

Laboratoire d'Analyse des Problèmes Sociaux et de l'Action Collective - LAPSAC - Université Bordeaux 2

Centre de Recherche sur l'Action Locale - CERAL - Université Paris 13

Centre International de Droit Comparé de l'Environnement - CIDCE

Janvier 2013

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin du présent rapport)

REMERCIEMENTS	4
RÉSUMÉ.....	5
INTRODUCTION.....	6
CHAPITRE 1 : UN ENFANT NON DÉSIRÉ	13
GENÈSES DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI « GRENELLE 2 »	
CHAPITRE 2 : LES ERREMENTS DANS LA FABRIQUE DU DROIT	42
CHAPITRE 3 : LE DROIT DES AUTRES. LA RÉCEPTION DE L'ARTICLE 244 PAR LES CITOYENS ET LES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.....	88
CHAPITRE 4 : UNE PUBLICISATION DE LA PRIVATISATION DU PROCESSUS DE PRODUCTION RÉGLEMENTAIRE MISE EN ŒUVRE ET EFFETS DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI GRENELLE 2	121
CHAPITRE 5 : LA PRATIQUE BIEN INSTALLÉE DE L'UNION EUROPÉENNE	160
CHAPITRE 6 : « NOTICE AND COMMENT » AMÉRICAIN : UNE PROCÉDURE ORDINAIRE.....	173
CHAPITRE 7 : UNE PARTICIPATION DU PUBLIC INÉGALEMENT RÉPANDUE : ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ	212
CONCLUSION	229
VALORISATION DE LA RECHERCHE.....	248
TABLE DES MATIÈRES.....	252

REMERCIEMENTS

Cette recherche a bénéficié du soutien financier du Ministère de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement - Programme « Concertation, Décision, Environnement ».

Nous adressons nos remerciements à tous ceux qui de près ou de loin ont contribué au bon déroulement de cette recherche : Marie-Christine Bagnati, Ghislaine Garin-Ferraz, Judith Raoul-Duval, Brigitte Varangle et Laurent Mermet.

Que toutes les personnes ayant accordé des entretiens, les participants au séminaire sur les perspectives d'amélioration de l'article 244 de la loi Grenelle 2 ; les intervenants et le public au colloque de restitution des travaux soient ici remerciés.

Enfin, nous remercions les experts étrangers : Gonzalo Sozzo, Charles-Hubert Born, Pierre-François Mercure, Nicolas Boeglin, Jorge Caillaux, Isabel Calle.

RÉSUMÉ

L'article 244 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle 2 ») prévoit la participation du public aux projets de décisions réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics lorsqu'elles ont une incidence significative sur l'environnement. Une telle possibilité existe depuis plus de 50 ans aux Etats-Unis et au Canada à travers la procédure dite de « *Notice and Comment* ». Elle est également pratiquée depuis près de quinze ans au sein des institutions de l'Union Européenne. Cette nouvelle disposition, qui peut paraître relever d'un domaine juridico-technique complexe et difficile d'accès, vient ainsi combler un vide dans le puzzle participatif français. Jusqu'ici en effet, les dispositifs se sont développés et institutionnalisés en amont des projets d'aménagement et d'infrastructures, ou sur certaines options généralement en matière d'environnement ou d'aménagement. Mais aucune forme de participation du public n'était permise dans le cadre de l'élaboration des textes réglementaires nationaux ; Ordonnances, décrets, arrêtés, et plans, dont les implications sont souvent pourtant cruciales pour l'environnement, étaient élaborés dans l'opacité, la concertation étant limitée à l'administration consultative et à un public choisi d'interlocuteurs privilégiés, choisis de manière arbitraire.

Le présent rapport restitue les résultats de la recherche pluridisciplinaire (sociologie, droit, science politique) conduite dans le cadre du programme CDE. L'articulation de ces différents regards disciplinaires permet, sur la base d'une enquête de terrain approfondie, d'éclairer la genèse de l'article 244, ainsi que ses suites et les conditions d'appropriation de ce nouveau droit par le grand public, mais aussi par l'ensemble des acteurs de la gouvernance à cinq. Sont pointées les limites et difficultés rencontrées dans le cadre d'un dispositif créé et mis en œuvre dans une relative improvisation. Sur la base de ces résultats, et d'une analyse en droit comparé, des préconisations sont proposées afin de faire évoluer le dispositif mis en place au sein de l'article L120-1 du Code de l'Environnement.

INTRODUCTION

Le présent rapport final rend compte de la recherche financée dans le cadre du programme « concertation, décision, environnement » (CDE) du ministère de l'écologie, du développement durable, du transport et de l'énergie et intitulé :

« La participation du public à l'élaboration des textes réglementaires nationaux en matière d'environnement en France et à l'étranger. Exigence démocratique, nécessité juridique ».

I. Un déroulement de la recherche dans le feu de l'action

Il est probablement assez rare qu'une recherche soit en permanence confrontée à la transformation de son objet de recherche. Le désir légitime que les recherches en sciences sociales (en l'espèce la recherche regroupe juristes, sociologues et politistes) soient au service de l'action et contribuent à améliorer la prise de décision publique est ici un cas d'école. Alors que la recherche devait être une recherche – action et devait donc servir directement à l'action du ministère de l'écologie et du développement durable, notre équipe a rencontré des difficultés dans l'accès aux données, et a été confrontée à l'indifférence du ministère lorsqu'il s'est agi pour celui-ci en 2012 de préparer un projet de loi sur la participation du public. A aucun moment les rédacteurs du projet de loi n'ont pris l'initiative de questionner les chercheurs. Alors qu'un séminaire sur le bilan de notre recherche se déroulait à Paris le 7 septembre 2012 en présence de fonctionnaires du ministère, on découvrait le 11 septembre un projet de loi mis en ligne sur l'internet pour consultation du public ! Le conseil d'Etat lui-même a ignoré la recherche en cours alors qu'il consacrait son rapport public de 2011 à « consulter autrement et participer effectivement ». La capacité des connaissances produites dans le champ scientifiques à nourrir et éclairer l'action publique et politique, on le voit, ne se décrète pas... La faible portée des travaux de recherche sur ce dispositif et l'indifférence qu'ils semblent rencontrer vont de pair avec le relatif désintérêt qui semble marquer toute l'histoire de ce dispositif et des tentatives pour l'importer en France.

Lorsque ce projet de recherche a été formulé et subventionné (le 14 octobre 2009), la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires était en France inexistante. C'est la raison pour laquelle juristes, sociologues et politistes avaient répondu le 24 avril 2009 à l'appel à propositions du programme CDE en proposant d'examiner pour quoi la France n'appliquait ni l'art. 8 de la Convention d'Aarhus, ni l'art. 7 de la Charte de l'environnement et quels étaient les raisons profondes du blocage administratif et politique

interdisant de communiquer les projets de décrets et empêchant toute participation du public à leur élaboration. On se proposait également d'enquêter auprès des principaux acteurs des politiques de l'environnement, à savoir, entreprises et ONG, et auprès du grand public, pour évaluer quel était le contenu de la demande sociale en matière de participation à l'élaboration des textes réglementaires. Certains de ces acteurs avaient déjà l'habitude de participer en amont de l'élaboration des décrets de manière informelle. La recherche devait aussi porter sur ces pratiques informelles. Parallèlement une recherche de droit comparé était prévue dans la mesure où le principe 10 de la déclaration de Rio prônait déjà depuis 1992 la participation du public à la prise de décisions en matière d'environnement.

Alors que la recherche débutait en 2010, la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement ou loi dite Grenelle 2 instituait une procédure nouvelle de participation en son art. 244 (L. 120-1 et L. 120-2 code de l'environnement) issu d'un amendement parlementaire. L'objet initial de la recherche devenait vain et une réorientation du projet fut nécessaire. A l'occasion du rapport intermédiaire du 13 avril 2011 une réorientation de la recherche fut décidée, entérinée par le Conseil scientifique du CDE le 24 juin 2011. Il convenait alors d'élucider l'énigme de l'apparition soudaine de cette nouvelle disposition dans la loi. Il convenait également de procéder à un examen des modalités de cette participation et de la façon dont elle fonctionnait en étudiant les réactions de l'administration et du public. L'équipe de recherche et plus particulièrement les sociologues et politistes se transformèrent en « observateurs » de l'application de l'art. 244 en 2011 et 2012. Le travail ainsi réalisé de suivi scientifique de la réforme est inédit.

Lors des derniers mois de la recherche et au moment de la rédaction du rapport final, une remise à plat de la réforme de 2010 due à plusieurs décisions du Conseil constitutionnel, obligeait le gouvernement à envisager dans la précipitation une remise à plat de l'art. 244 avec le projet de loi soumis d'abord, de façon inédite et non obligatoire, à participation du public du 11 au 24 septembre 2012, puis au Sénat le 3 octobre 2012 et à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012. Le texte de cette loi a été adopté par la Commission mixte paritaire le 4 décembre 2012, approuvé par le Sénat le 5 décembre 2012 le gouvernement introduisant encore 3 amendements nouveaux non discutés en commission mixte paritaire.

Avant l'adoption définitive de la loi nouvelle qui sera publiée après la remise de ce rapport, le Conseil constitutionnel a déclaré l'art. L. 120-1 du code de l'environnement comme contraire à la Constitution, cette déclaration d'inconstitutionnalité prenant effet à compter du 1^{er} septembre 2013 (décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012). Cette inconstitutionnalité résulte de la violation de l'art. 7 de la Charte du fait que l'art. L. 120-1

limite la participation du public aux seules décisions réglementaires. On notera que le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que la référence aux décisions ayant une incidence « directe et significative » méconnaissait les exigences de la Charte, sans fournir davantage d'éclairages quant aux modalités selon lesquelles la mise en ligne devrait être réalisée. Le texte nouveau a toutefois repris la formulation de la Charte qui n'exige pas l'incidence « directe et significative ».

La nouvelle loi qui remplace l'ancien art. L. 120-1 du code de l'environnement va bien au delà du champ initial de notre recherche et ouvre des perspectives juridiques, politiques et sociales non étudiées ici. Ces perspectives nouvelles portent sur le champ d'application de la participation et sur ses modalités. Le champ d'application est considérablement élargi avec la participation du public aux décisions individuelles, aux décisions réglementaires qui ont un effet indirect, aux décisions réglementaires et individuelles des collectivités territoriales et de leurs groupements, aux décisions des autorités administratives indépendantes. La question reste posée en ce qui concerne les projets de lois et les décisions de ratification des traités. Les modalités de la participation sont améliorées avec la programmation des consultations, un délai d'au moins 21 jours, l'expérimentation d'un garant de la participation, la participation par voie postale, l'expérimentation de l'accès aux observations du public. Restent en suspens les conditions d'une consultation « délibérative », les modalités de rédaction de la synthèse des observations, la durée suffisante de la consultation, l'harmonisation des procédures diverses de participation, l'organisation et la formation des services chargés de la consultation et l'extension de la participation au-delà de l'environnement.

C'est donc un texte totalement nouveau qui va désormais s'appliquer à compter de 2013. L'analyse du texte et de la pratique de l'art. 244 de la loi du 12 juillet 2010 ont désormais un caractère historique. Le présent projet de recherche CDE qui se voulait recherche –action est devenu simplement une recherche historique sur l'application pratique de l'ancien article L. 120-1 du code de l'environnement entre 2010 et 2012.

II. Pourquoi organiser la participation du public ?

La participation du public à l'élaboration des textes juridiques est, parmi les réformes et la doctrine sur la démocratie participative, la plus ignorée et la plus confuse. En effet on assimile généralement la participation du public à la seule participation à travers des techniques telles que les enquêtes publiques, les débats publics ou les conférences de citoyens qui portent sur des projets d'activités publiques ou privées et non sur des projets de textes

juridiques. Or les modalités de la participation et les enjeux liés à cette participation sont totalement différents selon que l'on participe à un projet d'activité ou d'ouvrage ou à un projet de loi ou de décret. La confusion des genres est parfois à son comble. Ainsi en 1977 alors que le Conseil de l'Europe organisait un colloque à Bari sur « la participation du public à l'élaboration d'actes législatifs et réglementaires » un conseiller d'Etat français, faute de pouvoir présenter l'expérience française inexistante en la matière, présenta le recours pour excès de pouvoir contre les décrets comme une participation à l'élaboration des textes dans la mesure où le citoyen obtenant l'annulation contentieuse d'un décret oblige indirectement l'administration à refaire le décret. Tout l'intérêt de la participation est au contraire de permettre une intervention des citoyens en amont de la décision publique et non en aval de celle-ci.

L'approfondissement de la citoyenneté n'est pas d'aujourd'hui et les sources juridiques et idéologiques de la participation ne sont pas nouvelles. Il suffit d'évoquer la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et son art. 1 sur le droit de prendre part à la direction des affaires publiques soit directement, soit par des représentants, repris à l'art. 25 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966. Le besoin d'une participation directe en amont des décisions publiques va s'affirmer clairement dans le domaine de l'environnement à partir de la Déclaration de Rio de 1992 (principe 10), car « c'est la meilleure façon de traiter les questions d'environnement », et dans la Convention d'Aarhus de 1998 qui exige une participation « effective » tant que les options sont encore ouvertes. La Charte de l'environnement en 2005 et son art. 7 va imposer la participation du public pour toutes les décisions publiques (nationales comme locales) ayant une incidence sur l'environnement. Il faudra attendre la loi Grenelle 2 en 2010 pour que le législateur mette en place une première tentative d'organisation de cette participation. Cette tentative sera considérée comme inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel le 23 novembre 2012, mais celui-ci ne traitera aucunement des modalités pratiques de la participation que le législateur doit mettre en place.

Si des réticences à la démocratie participative ont pu exister avant 2012 de crainte d'affaiblir la démocratie représentative, il semble aujourd'hui, à la lecture des discours officiels, sans pouvoir sonder les opinions secrètes de certains opposants à la réforme, que la consultation du public est désormais un acquis de la démocratie contemporaine. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la Charte de déontologie du gouvernement du 17 mai 2012, à la feuille de route sur la transition écologique de septembre 2012 et aux débats du Sénat du 6 novembre 2012 et de l'Assemblée nationale du 21 novembre 2012.

III. La participation du public en France, dans l'Union européenne et à l'étranger : exigence démocratique, nécessité juridique

Les origines de la réforme de 2010 introduisant pour la première fois la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires font l'objet du Chapitre 1 : « Genèse de l'art. 244 » qui s'efforce de découvrir quand, comment et pourquoi il a fallu attendre la loi Grenelle 2 pour commencer à organiser la participation en amont des grands textes nationaux réglementaires pris par le gouvernement.

Une fois mise en place, la réforme va susciter curieusement un très faible intérêt tout en faisant découvrir une multiplicité de procédures concurrentes. L'incertitude sur le champ d'application aggravée par l'absence de décret d'application pourtant prévu par le législateur va entraîner une suite d'errements aboutissant à des censures répétées par le Conseil constitutionnel obligeant le gouvernement à agir dans l'urgence. Le chapitre 2 va traiter de ces errements dans la fabrique du droit.

L'appropriation de la réforme par les citoyens reste limitée, hésitante et maladroite, faute de vraie confiance dans les conséquences réelles de la participation sur le contenu de la décision publique. Des interviews avec des acteurs de la société civile ont permis d'évaluer pour la première fois la façon dont la réforme était ressentie par le public ainsi que les craintes et les espoirs qu'elle suscitait. Le chapitre 3 examine la réception de l'art. 244 par des citoyens et des acteurs de la société civile plutôt sceptiques, qui le perçoivent avant tout comme « le droit des autres ». Ils jugent opportun l'élargissement de la participation à des acteurs qui étaient auparavant tenus à distance et regrettent cette offre supplémentaire d'intervention à des acteurs qui pouvaient déjà de fait participer.

Mais la participation implique que l'administration s'approprie également la réforme. Surpris par l'innovation, les services compétents vont s'efforcer, toujours dans l'urgence ou dans l'incertitude faute de règles précises, de respecter la forme minimum imposée. L'absence de véritable réflexion commune sur les enjeux et les résultats recherchés conduit, malgré une relative adhésion des agents à la réforme, à des pratiques variables selon les domaines et selon les services. Le chapitre 4 développe ainsi la mise en œuvre par les services et les effets sur la production normative des textes réglementaires nationaux et montre comment le nouveau dispositif contribue à rendre publics des négociations autour de l'élaboration des décrets qui jusqu'ici se déroulaient entièrement en coulisses. Est ainsi souligné le caractère éminemment

politique de l'élaboration des règlements, qui sont loin de se réduire à la simple traduction technico-juridique des orientations données par le législateur.

En matière de participation du public à l'élaboration des textes, l'Union européenne a pris de l'avance sur la France puisqu'elle pratique cette participation depuis longtemps. Si la pratique n'a encore pas été juridicisée, la doctrine administrative de la Commission a néanmoins permis de l'entourer de garanties procédurales assez sérieuses. Le chapitre 5 explique comment fonctionne cette pratique bien installée dans l'Union européenne dont certains éléments pourraient constituer une source d'inspiration pour la France dans le futur, à défaut de l'avoir été dès le départ.

Il en va tout autrement aux États-Unis. Cet État est en effet le premier à avoir consacré et organisé juridiquement la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires dès 1946, et dans tous les domaines de l'action publique. L'intérêt particulier du public pour l'environnement fera que depuis 1969 la procédure dite de « notice and comment » va trouver à se développer et à se perfectionner en matière d'environnement. Le chapitre 6 présente en détail la procédure américaine devenue dans ce pays une procédure ordinaire.

La recherche visait, au-delà des pionniers américains, à examiner la façon dont l'environnement suscitait ou non des réformes administratives dans le processus de décision au niveau de l'Etat. Les résultats sont contrastés. Le chapitre 7 constate que la participation du public est inégalement répandue même si la tendance lourde est partout à la mise en place, souvent chaotique, de mécanismes adaptés de participation en matière d'environnement. Les pays suivants ont été étudiés et font l'objet de rapports spéciaux figurant en annexe 1 : Argentine, Belgique, Canada, Costa-Rica, Hongrie, Pérou. Le chapitre 7 en fait la synthèse en ajoutant des données relatives à la Suisse qui semble disposer du système le plus sophistiqué en la matière après les États-Unis.

La conclusion du rapport présente les préconisations rédigées en commun par l'équipe de recherche en intégrant les suggestions et opinions des divers acteurs concernés qui ont été recueillies lors du séminaire de Paris du 7 septembre 2012 et lors du colloque au Sénat du 1^o octobre 2012.

Ne faut-il pas en définitive, pour bien évaluer la fonction sociale de la participation, spécialement pour l'environnement commun à tous, revenir à l'adage de droit romain repris au Moyen âge selon lequel :

« quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet » (ce qui touche tout le monde doit être approuvé par tous).

« Tractare » est le cœur de la participation. Or cela signifie tout à la fois : discuter (Cicéron), délibérer (Virgile), étudier, négocier, être considéré.

A l'heure de la démocratie électronique, la participation permet-elle de remplir toutes ces fonctions ?

CHAPITRE 1 : UN ENFANT NON DÉSIRÉ

GENÈSES DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI « GRENELLE 2 »

Par Cécile Blatrix, Professeure de Science Politique à AgroParisTech, CESSP/CRPS.

« ...les impératifs d'une participation érigée en principe constitutionnel et la demande sociale vont obliger, à plus ou moins court terme, à organiser les modalités d'une participation adaptée à la spécificité de l'acte gouvernemental qu'est un décret. La présente recherche vise à anticiper et à accompagner cette réforme inéluctable en analysant les appréhensions des uns (l'administration) et les attentes des autres (entreprises, ONG et public ordinaire) ».

Cette phrase extraite de la réponse de l'équipe à l'AP CDE témoigne du positionnement initial de la présente recherche. Il s'agissait en effet d'analyser les conditions de possibilité d'une importation en France, d'un dispositif conçu sur le modèle des systèmes de participation du public à l'élaboration des textes réglementaires existant dans un certain nombre de pays. L'analyse de l'opportunité et des conditions de faisabilité d'une telle innovation avait déjà fait l'objet d'un rapport du CRIDEAU en 1994. Le point de départ de la recherche proposée par notre équipe dans le cadre du programme CDE, était le contexte renouvelé d'une part, par la convention d'Aarhus et sa ratification par la France, et d'autre part du fait de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la charte de l'environnement de 2005. L'hypothèse était donc que les conditions de possibilité étaient peut-être désormais réunies pour qu'un tel dispositif puisse être greffé en France, pour peu qu'on le fasse connaître et qu'on en démontre la pertinence et la faisabilité. En effet, tout en considérant la réforme inéluctable à plus ou moins long terme, une forme d'intervention était nécessaire pour rendre possible une telle innovation.

Or, la réforme qu'annonçait et dans une certaine mesure prédisait notre équipe, et que nous nous propositions d'accompagner, est arrivée « comme un coup de tonnerre dans un ciel serein » dans la loi Grenelle 2, sans que des acteurs défendant sa mise en place aient pu être identifiés. C'est dire notre surprise au moment de l'apparition dans la loi, qui plus est à l'issue d'un amendement déposé tardivement et non discuté, d'un article instaurant le mécanisme dont nous souhaitions faciliter le transfert en France.

La posture de recherche-intervention s'est ainsi transformée en une posture de recherche-investigation plus classique, pour résoudre cette énigme : d'où vient cet article dans la loi Grenelle 2 ? Quels sont les acteurs qui ont donné naissance à une innovation dans le paysage participatif que personne ne semblait réellement souhaiter ?

Il convient de rappeler ici le cadre théorique initial dans lequel ce questionnement se situait. Du point de vue de la science politique, notre enquête s'inscrivait au départ dans une réflexion sur les mécanismes et processus de circulation internationale des dispositifs de gestion publique de manière générale, et des dispositifs participatifs en particulier. Il s'agissait ici de questionner les limites de cette circulation des idées et des dispositifs participatifs, avec un cas qui semblait parfaitement illustrer la non-circulation d'un dispositif pourtant très ancien qu'il s'agisse du cas des Etats-Unis ou de la Suisse, et sur lequel les connaissances produites ne semblent pas parvenir à s'implanter en France. Par-là nous souhaitons montrer les limites des approches cognitivistes étayant l'idée d'une tendance à la « convergence » des modes d'action publique. Ces analyses voient dans un certain nombre de réformes le résultat de courants d'idées, de la force propre de notions ou de catégories de pensée, d'instruments peu contraignants mais qui feraient converger en douceur les modes d'action en façonnant les manières de penser.

Comment s'effectuent ces transferts concrètement? On constate encore un déficit de travaux empiriques sur ces processus. Comment mesurer la contribution spécifique à ce processus des différents acteurs susceptibles d'être impliqués : institutions internationales, réseaux de collectivités locales, milieu associatif, experts et cabinets de consultants voire chercheurs¹... ? D'un point de vue méthodologique, le postulat sur lequel nous nous fondons est que l'on peut cerner les micro-processus sociaux qui sont à l'œuvre derrière le développement simultané de dispositifs participatifs dans des contextes nationaux très variés, non seulement en analysant la genèse de dispositifs qui circulent, mais aussi en nous intéressant à des dispositifs qui ne parviennent pas à être importés (ou exportés). L'apparition dans la loi Grenelle 2 de l'article 244 pouvait donc, au premier abord, paraître contredire cette hypothèse en témoignant de la

¹ Dans leurs travaux, Dezalay et Garth soulignent aussi comment ils ont dû prendre en compte les « producteurs savants » que sont les universitaires spécialisés dans les recherches sur l'Amérique latine : « Ces chercheurs ne sont pas seulement des informateurs précieux par tout le capital de connaissances qu'ils ont accumulé ; ils sont aussi souvent étroitement impliqués dans de multiples activités très liées à nos objets de recherche : soit comme consultants pour des organisations internationales, soit comme conseillers des fondations philanthropiques qui soutiennent des associations militantes ». Dezalay, Garth, 2002, p.40.

circulation effective du dispositif tel que pratiqué notamment aux Etats-Unis et à l'échelle européenne. Comme nous allons le voir, il n'en est rien. Notre analyse s'appuie une campagne d'entretiens semi-directifs auprès de tous les acteurs de la gouvernance à 5² et de l'analyse documentaire : débats parlementaires, rapports et littérature grise précédant et entourant le processus Grenelle.

Ce questionnement rassemblait ainsi des problématiques assez centrales en science politique, en particulier au sein de l'analyse des politiques publiques. L'hypothèse générale selon laquelle on assisterait à une convergence des politiques publiques sur la scène internationale, se manifestant aussi bien dans le type d'action produite que dans le type d'instruments sur lesquels cette action s'appuie, renvoie en effet à un corpus riche soulignant une tendance à homogénéisation des méthodes de gestion publique³. Les processus d'intégration régionale en général, et « d'eupéanisation » en particulier sont au cœur de ce type d'analyse (voir notamment Hassenteufel, 2000 ; Saurugger et Surel 2008).

Les travaux sur ces processus se développent récemment. Ce développement ne relève pas d'un simple « air du temps », si l'on en croit David P. Dolowitz : l'intérêt académique pour cette notion s'expliquerait par une occurrence croissante de ce type de phénomène (Dolowitz, 2000). Le modèle explicatif proposé pour rendre compte des convergences observées, de même que le choix des catégories par lesquelles il convient de nommer les réalités observées font l'objet de débats depuis quelques années. Les notions de « mimétisme institutionnel » (Mény, 1993) ou de transfert insistent sur les processus de diffusion, les acteurs et réseaux et les détours éventuels par lesquels ils s'opèrent (Dolowitz et Marsh, 2005).

Au cœur de ces débats figure bien sûr l'idée de l'influence croissante d'un certain type de « référentiel » d'inspiration néo-libérale (Jobert, 1994). La place de ces idées dans les processus de changement de l'action publique semble bien décisive, comme le suggèrent les analyses de la diffusion de cette doctrine. Les principes issus du nouveau management public renvoient à l'idée de recherche d'une plus grande efficacité et effectivité, une plus grande autonomie des décideurs et une responsabilisation accrue par rapports aux résultats obtenus,

² Voir annexe 1.4, Tome 2.

³ Plus généralement, les problématiques en termes d'internationalisation se répandent depuis plusieurs années en sociologie politique, qu'il s'agisse de la « société civile », des politiques publiques ou des mouvements sociaux. De nombreux travaux soulignent ainsi les transformations du rôle des Etats résultant de la globalisation des échanges, de l'institutionnalisation de zones régionales d'intérêt commun, et de la transnationalisation des mouvements sociaux. De nouveaux acteurs « locaux » (ONG, collectivités et autorités territoriales, entreprises, associations...) émergent sur la scène internationale, et les grandes métropoles régionales développent des stratégies de positionnement international.

etc. Ce courant combine une vision normative de l'administration publique classique avec l'orientation plus instrumentale du management issue du monde de l'entreprise, qui va prendre des formes différentes dans les secteurs considérés (Dunleavy and Hood, 1994). On observe de fortes différences nationales dans le degré, et la manière dont le New Public management (NPM) touche certains pays. Même dans les pays qu'il influence fortement, il est adapté avec des ingrédients spécifiques pour aboutir à des recettes nationales contrastées (Pierson, 2000).

Une des critiques formulées à l'encontre du NPM renvoie à l'idée que loin de contribuer à une meilleure réalisation de l'intérêt général, il servirait des intérêts particuliers. Il serait ainsi l'outil privilégié d'une nouvelle élite administrative qui souhaite s'approprier davantage de pouvoir, au détriment de la société civile organisée.

Ainsi parallèlement au questionnement lié à l'existence d'une convergence et ses causes, les effets des changements observés, et en particulier la plus-value des idées et recettes issues du NPM en terme d'efficacité de l'action publique est également discutée et contestée. Selon DiMaggio et Powell, on assisterait bien à un changement structurel au sein des organisations, mais qui serait de moins en moins le résultat de la compétition ou du besoin d'efficacité. La bureaucratisation et les autres formes de changement organisationnel résultent de processus qui rendent les organisations de plus en plus semblables sans nécessairement les rendre plus efficaces.

Dans quelle mesure les configurations et reconfigurations des paysages participatifs nationaux relèvent-ils de processus de transfert, de convergence, voire, plus spécifiquement, de la diffusion des théories du NPM ? On sait que l'impératif participatif a toujours présenté un double visage, à la fois normatif, visant une « démocratisation de la démocratie », et plus managérial, tourné vers une efficacité renforcée de l'action publique dont la mise en œuvre est supposée facilitée par l'adhésion de ceux qui ont contribué à la définir. Dans de précédents travaux, on a montré comment l'émergence et l'institutionnalisation des différentes composantes du paysage participatif français peuvent être reliées à des séries causales partiellement indépendantes. Elle résulte ainsi du travail d'un certain nombre d'entrepreneurs de cause au sein d'organisations militant en faveur de la démocratie participative ; certains dispositifs résultent plus spécifiquement de concessions procédurales à l'issue de mobilisations collectives, en particulier dans le domaine de l'environnement. Les logiques de la compétition politique contribuent au développement du phénomène, qui renvoie aussi à des

logiques de mimétisme institutionnel, certains dispositifs étant manifestement calqués sur des expériences étrangères importées en France⁴.

Une littérature abondante documente la manière dont les organisations internationales ont été un puissant vecteur d'une forme de transferts de la rhétorique participative via les politiques d'aide au développement (Cooke, Kothari, 2001 ; Leroy 2009). Dans le contexte français, le cas des conférences de citoyens donne une idée des processus de retraduction auxquels donnent lieu ces transferts (Boy, 2007 ; Blatrix, 2008). De même, on pourrait évoquer la manière dont des expériences inspirées de budgets participatifs brésiliens, se sont diffusées en Europe, souvent de façon assez éloignée du « modèle » original (sur ce point, voir Burgos Vigna, 2004 ; Sintomer, Hertzberg, 2008 ; Porto de Oliveira, 2010), ou encore la manière dont la Commission Nationale du Débat Public a été créée en s'inspirant assez librement du « modèle » du Bureau d'Audiences Publiques sur l'Environnement Québécois (Blatrix, 1997). La manière dont les budgets participatifs sont mis en place dans certains pays d'Europe évoque ainsi une hybridation des rhétoriques du nouveau management public avec les thématiques participatives (Sintomer, Hertzberg, 2008). C'est souvent la conjonction des différents éléments de contexte, qui permettent à des solutions portées par des acteurs ne parvenant pas jusque là à se faire entendre, d'être adoptées. M. Dartevelle montre ainsi la synergie à la fin des années 90 entre le développement d'Internet et le développement d'un militantisme vert défendant le droit à un accès complet à toutes les données détenues par les administrations sur les risques et pollutions industriels. Dans un contexte favorable (lancement de l'année européenne de l'environnement ; accident de Tchernobyl...) un « front progressiste » va réussir à faire adopter, lors de la conférence de Sofia de 1995, un projet instaurant un instrument juridiquement non contraignant en matière de participation du public et d'information environnementale (Dartevelle, 2009 : 248)⁵.

Qu'en est-il de l'article 244 de la loi Grenelle 2 ? Dans quelle vision du monde et du changement s'inscrit la mise en place d'une forme de consultation du public dans le processus

⁴ Il est possible de tenter, de façon nécessairement subjective, de distinguer pour chaque dispositif les logiques qui ont été « dominantes » dans leur processus d'émergence, même si les logiques à l'œuvre sont toujours multiples. Voir Blatrix, 2008.

⁵ Caractérisés par une forme d'homologie structurale, des acteurs issus de champs assez différenciés se retrouvent dans la défense de la nouvelle disposition : c'est la rencontre des stratégies de spécialistes américains en « ingénierie électronique verte » de l'ONG Silicon Valley Toxics Coalition qui proposent de mettre leur expertise en matière de géo-référencement des données sur les pollutions et la santé au service d'organisations européennes, et des promoteurs de la convention d'Aarhus, en particulier le réseau ECO-Forum et le secrétariat de la convention, qui souhaitent structurer un réseau d'assistance technique pour le développement des TICE dans la mise en place des registres d'émissions et de transfert de polluants.

d'élaboration des actes réglementaires nationaux ? A travers ces interrogations, on le voit, c'est bien la question de savoir comment rendre compte de la dimension « macro » de l'impératif participatif qui est finalement posée. L'exigence de participation du public à l'élaboration, la mise en œuvre, l'évaluation... des décisions semble en effet constituer un phénomène mondial et suggère que cette tendance s'inscrit dans le phénomène de convergence qui caractérise l'action publique aujourd'hui. Le rôle des idées dans ces processus est souvent souligné, davantage, d'ailleurs, en termes de nouvel esprit de la démocratie marqué par un « idéal de démocratie délibérative »⁶, et de tournant délibératif (Dryzek, 2003 ; Goodin, 2008), que de « tournant néo-libéral.

En tout état de cause, cette dimension « macro » ne peut se saisir que dans ses opérationnalisations concrètes et situées dans le temps et l'espace. La posture adoptée ici vise à saisir, au-delà des « idées », « sources d'inspiration » ou même « sources juridiques », les processus sociaux à l'œuvre, à partir d'une analyse localisée de ces mécanismes d'internationalisation permettant d'éclairer comment les ressources et choix stratégiques des acteurs sont liés aux positions qu'ils occupent dans leur champ national⁷.

L'accent mis sur les agents, permet de rendre plus lisibles les transformations observées. On souhaite ainsi éviter d'isoler les stratégies internationales de leur contexte national, en mettant à distance un récit, aussi idéaliste que normatif, de l'émergence d'un principe universel⁸. Il s'agit donc à la fois d'identifier les principaux opérateurs de la réforme étudiée, et les moments-clés de leur action.

Nous allons voir dans un premier temps, comment l'histoire de l'article 244 de la loi Grenelle 2, que nous nous employons à écrire ici, met en présence une diversité de récits. On s'attachera en particulier à tester l'idée d'une circulation internationale des idées et des dispositifs, ainsi que l'hypothèse d'une innovation produite dans le cadre d'un processus

⁶ « Les philosophies de la démocratie délibérative constituent aujourd'hui l'une des sources d'inspiration majeures des expériences de démocratie participative, dans le monde anglo-saxon et en Europe du Nord notamment » (Blondiaux, 2008 :43). Loïc Blondiaux explique le manque de perméabilité de la France à ce concept par deux raisons : le caractère ambivalent du terme « délibération » en français ; et un moindre attachement culturel aux vertus de la délibération.

⁷ La sociologie de l'action collective internationale ou transnationale a bien souligné comment l'action collective transnationale a aussi, parfois surtout, des logiques locales, pas uniquement microsociales mais renvoyant aux espaces politiques nationaux (Siméant 2010; Agrikoliansky, Sommier, 2005). Des stratégies d'exportation similaires produisent des effets très différents en fonction de la position des importateurs : la réussite des stratégies d'import-export entre deux aires géographiques dépend du degré d'homologie structurale qui peut exister à un moment donné entre les champs du pouvoir concernés (Coeurdray, 2004). Pour une posture proche, dont nous nous sommes largement inspiré, voir les travaux de B. Garth et Y. Dezalay.

⁸ Pour une analyse des limites au caractère universel de l'impératif participatif, voir Diatta, 2012.

Grenelle lui-même largement affiché comme innovant. Dans un second temps, on proposera une lecture centrée sur les acteurs, sur la base de notre enquête. Cette lecture, ainsi qu'on va le voir, tout en soulignant la diversité des logiques à l'œuvre, dégage la généalogie d'une réforme par inadvertance. En revenant sur un épisode, celui de la Charte de l'environnement, on dégagera la dimension proprement politique de la genèse de ce dispositif. Les logiques propres au jeu politique ont joué un rôle selon nous crucial et permettent seules de comprendre comment une réforme a pu être mise en place sans qu'aucun acteur ne semble l'avoir voulue.

I. Les naissances de l'article 244 : entre récits d'acteurs et hypothèses invalidées

Cette formule, inspirée des travaux de Paul Veyne, invite à appréhender le travail de l'historien comme une forme de mise en intrigue. Ce sont bien plusieurs mises en intrigues qui sont évoquées dans les entretiens réalisés avec, selon les acteurs rencontrés, des récits bien différents, proposés à chaque fois sur le mode de l'évidence.

Le récit héroïque va se centrer sur le rôle clé joué par un acteur-clé ; l'acteur le plus souvent cité ici, est un homme politique engagé depuis longtemps sur les questions de participation et de concertation, qui saisit l'opportunité du débat parlementaire pour proposer, et faire passer, une innovation participative. C'est en effet un amendement de Bertrand Pancher qui est à l'origine de l'article 244 de la loi Grenelle 2. Une variante, en forme de récit politique liant cette innovation démocratique à l'innovation politique qu'a constitué le Grenelle de l'Environnement.

Un récit par l'instrumentation technique souligne comment ce sont le développement d'internet et les possibilités offertes par la technologie, qui rendent enfin pensable et possible la participation en ligne, ouverte à tout un chacun et fait en quelque sorte « sauter un verrou » d'ordre purement technique.

Un récit plus « officiel », que l'on retrouve dans la communication des pouvoirs publics autour de la nouvelle disposition, se borne à rappeler les textes juridiques, à l'échelle supra-nationale et dans le cadre français, dont « découlerait » naturellement le nouvel article.

Aucune de ces histoires n'est « vraie » ou « fausse », et notre propos n'est pas de ratifier ou invalider ces différents récits qui produisent des effets de réalité du seul fait qu'ils renvoient à des conceptions des acteurs. Il s'agit plutôt ici de les mettre en perspective en soulignant

comment ils parviennent à circuler comme les pièces complémentaires d'un puzzle, en s'ignorant relativement. Deux hypothèses principales pouvaient en effet être formulées, sur la base de nos précédents travaux. Selon la première hypothèse, l'article 244 pouvait s'analyser comme résultant d'un transfert de modèles étrangers, et/ou des pratiques de l'Union Européenne. Une seconde hypothèse suggère que cette réforme est finalement un produit du processus Grenelle, éventuellement en tant que concession procédurale faite dans ce cadre à l'égard du mouvement associatif.

Comme on va le voir, notre enquête a largement invalidé ces deux hypothèses de travail.

A. Le résultat d'un transfert ?

La codification et l'institutionnalisation de cet article 244 s'est faite selon un processus qui n'a rien à voir ou très peu à voir avec la circulation internationale des dispositifs. Elle témoigne ainsi des limites de l'idée d'une circulation internationale des dispositifs participatifs, qui rendrait compte de l'apparente convergence des paysages participatifs nationaux.

Cette thèse d'une forme de convergence est présente dans certaines analyses du développement des consultations du public sur internet. Hafida Belrhali-Bernard, « la pratique des consultations sur internet développée en France semble ainsi largement inspirée par les pratiques de la Commission européenne ou exigée par le droit de l'Union européenne » (Belrhali-Bernard, 2011 : 188).

L'approche juridique comparée présentée dans le présent rapport permet également de préciser et nuancer l'idée selon laquelle un mouvement général vers plus de participation à la prise de décision environnementale serait en marche. Au niveau international différents éléments évoquent bien une tendance convergente : Après le principe 10 de la déclaration de Rio de 1992 et l'adoption de la Convention d'Aarhus et de son article 8 en 1998, le PNUE fait adopter des lignes directrices universelles sur le même sujet et le programme de Montevideo IV de droit de l'environnement du PNUE, adopté par son Conseil exécutif en février 2009 à Nairobi, réaffirme la nécessité de promouvoir des outils juridiques et pratiques pour renforcer la participation du public au processus de décision concernant l'environnement.

A l'échelle de l'Union Européenne, la pratique des consultations en ligne se développe avec le traité d'Amsterdam (1997). L'entrée en vigueur de ce traité en 1999 marque une étape importante vers la généralisation d'une phase consultation en amont de la décision.

La convention d'Aarhus adoptée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU (CEE-ONU) et ratifiée par la France en 2001 consacre un droit à l'information, à l'accès à la justice et à la participation à l'élaboration de la réglementation dans le domaine de l'environnement. Simultanément, le développement de l'usage d'Internet ouvre de nouvelles perspectives.

À partir de 2004 on compte plus d'une centaine de consultations en ligne sur internet par an. Le Conseil Economique, Social et Environnemental consacre en 2009 un rapport appelant en conclusion, « plutôt que de croire au mirage d'un débat public direct entre la Commission et les 500 millions d'Européens », à un renforcement du rôle des autorités publiques locales et nationales dans l'animation de la démocratie participative⁹.

En 2007, le traité de Lisbonne renforce ces procédures de consultations et ouvre de nouvelles possibilités de participations aux citoyens européens¹⁰. Le traité de Lisbonne constitue ainsi une nouvelle étape dans la définition de la citoyenneté européenne. Il renforce le principe selon lequel toute personne ayant la nationalité d'un État membre possède la citoyenneté de l'Union qui s'ajoute à la citoyenneté nationale et de la remplace pas. Il affirme clairement les droits qui en découlent, dont une série de droits à participer à la vie publique qui ne se limitent pas au seul droit de vote¹¹.

Parmi les préconisations du CESE dans son rapport de 2009, était soulignée la nécessité de « mieux faire savoir que des consultations européennes sont ouvertes car la plupart des organisations de la société civile et des citoyens des Etats membres ne sont pas suffisamment conscients de l'existence de ce dispositif consultatif et participatif européen »¹². De fait, la pratique des consultations au sein de l'UE est inconnue de la quasi totalité des acteurs

⁹ Le rapport reste cependant muet quant à l'idée de mettre en œuvre le même type de consultations publiques sur les textes réglementaires nationaux.

¹⁰ Traité de Lisbonne, art. 8B (art. 11 dans le traité consolidé sur l'Union Européenne).

¹¹

- le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen et aux élections municipales ;
- le droit de libre circulation et de libre séjour ;
- le droit à la protection diplomatique et consulaire de n'importe quel État membre de l'UE lorsque le pays du citoyen concerné ne dispose pas de représentation diplomatique dans le pays où il se trouve ;
- le droit de pétition devant le Parlement européen ainsi que le droit de déposer, auprès du Médiateur, une plainte concernant un mauvais fonctionnement de l'administration de l'Union ;
- le droit d'écrire aux institutions dans l'une des langues de l'Union et de recevoir une réponse dans la même langue.

Parmi les "dispositions relatives aux principes démocratiques" énumérées dans un titre spécifique du traité sur l'Union européenne (TUE), figurent d'autres droits comme celui de faire connaître et d'échanger son opinion sur tous les domaines d'action de l'Union ainsi que le droit d'accès aux documents des institutions de l'Union (article 11 du TUE).

¹² CESE, 2009, p. 69.

interviewés. L'élément déclencheur de la réforme, n'est donc pas à chercher dans une découverte d'une expérience dont on voudrait s'inspirer pour la transférer en France. Notre enquête montre au contraire l'échec des tentatives du CRIDEAU en ce sens. L'expérience des institutions de l'Union Européenne, pas plus que l'exemple des Etats-Unis et du Canada analysés par le CRIDEAU dès 1994, n'ont inspiré la mise en place de cette nouvelle disposition. L'institutionnalisation et la mise en place se sont faites avec très peu de références, voire très peu de connaissances sur ce qui se pratiquait à l'étranger et c'est par des mécanismes beaucoup plus indirects que l'échelon international a pu jouer, à travers des logiques propres au champ juridico-politique national.

B. L'article 244 ne résulte pas du processus Grenelle

L'analyse des différentes contributions des groupes de travail et comités opérationnels montre bien que la disposition ne résulte pas d'une proposition émise au moment du Grenelle. En effet, si une proposition en ce sens a été défendue par Michel Prieur au sein du groupe de travail relatif à la démocratie écologique, à nouveau elle rencontre une relative indifférence des autres membres du groupe. De fait, elle ne sera pas reprise dans les propositions finales.

Michel Prieur est vice-président du Groupe 5 : « Construire une démocratie écologique : Institutions et gouvernance »¹³. Dans les mesures proposées pour développer la démarche de débat public, figure la proposition de « Rendre systématiques les consultations du public sur les décrets »¹⁴. Les annexes du document présentent les propositions faites autour de 16 thématiques ; le thème n°12 sur la consultation et participation du public relate la proposition de créer une procédure permettant au public d'être informé des projets de décrets et arrêtés généraux sur l'environnement par une publication du projet ; puis de permettre au public de formuler des observations ou suggestions sur le projet. (p. 90)

Sur la base des travaux issus des groupes et après une phase de consultation de différents publics, une phase de négociation se déroule les 24, 25 et 26 octobre 2007. Quatre tables rondes, en présence des 5 collèges (collectivités territoriales, Etat, ONG, employeurs et

¹³ Sur le site du ministère dédié au Grenelle le présente comme « *Directeur scientifique du Centre de recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme. Fondateur de la Revue Juridique de l'environnement (RJE) et de la Revue Européenne de Droit de l'Environnement, il est également l'auteur d'un livre "droit de l'environnement" (Daloz) de référence. Il a participé à tous les grands chantiers nationaux et internationaux du droit de l'environnement, notamment dans l'élaboration du code de l'environnement (2000) et de la charte constitutionnelle de l'environnement (2005).* ».

¹⁴ Construire une démocratie écologique : institutions et gouvernance, Rapport du groupe 5, 108 pages.

salariés) autour de 4 grands thèmes. La quatrième partie de la table-ronde, consacrée à la démocratie écologique, indique qu'un comité opérationnel élargi examinera les modalités pratiques de mise en œuvre de ce programme. Parmi les mesures opérationnelles retenues, la proposition a disparu.

Le pilotage du Comité Opérationnel n°24 « Institutions et représentativité des acteurs », est confié à Bertrand Pancher par une lettre de mission datée du 27 février 2008. Le comité est composé de 23 membres, dont 6 représentants de l'Etat, 8 élus (4 parlementaires + 4 associations d'élus locaux ; 3 représentants d'ONG ; 2 représentants des syndicats 2 (1 salariés 1 Medef) + 1 CNDP, 1 CES, 1 CESR. Michel Prieur ne fait pas partie du Comop ; de fait, on relève l'absence du monde de l'enseignement et de la recherche, et d'experts en droit de l'environnement (en dehors de ceux du ministère).

Dans le rapport présenté pour le COMOP 24, la proposition est absente ; il est en revanche fait référence à une modification du processus d'examen des règlements qui concerne les élus locaux. Ceux-ci ont en effet obtenu que les décrets d'applications relevant de la Stratégie nationale de développement durable (SNDD) soient examinés par la Commission consultative sur l'évaluation des normes, récemment créée et rattachée au comité des finances locales (p.6). Le rapport reflète surtout la réflexion relative à la définition des critères de représentativité des acteurs environnementaux, et la réforme du CES.

Tableau : Evolution de la configuration de la gouvernance à Cinq du Groupe 5 au Comité 24

Collège	Groupe 5	Comité opérationnel 24
ONG	8	3
Etat	8 + 2 rapporteurs	6
Collège salariés	7	1
employeurs	8	1
Coll. Terr.	8	4
Personnes morales associées	8	
Autres	1 pdt et 1 vice-président	4 parlementaires (2 dép. et 2 sén.) + pdt + 1 CNDP 1 CES 1 CESR
TOTAL		
<i>Dont experts</i>	3 professeurs des universités + 1 MCF	

La mise en place du nouveau dispositif peut difficilement être imputée à l'action et la mobilisation d'entrepreneurs de cause dans la mesure où il n'existe quasiment pas de « demande sociale » concernant ce dispositif qui ne semble intéresser que quelques juristes en droit de l'environnement. De fait, on peinerait à trouver des éléments tangibles d'une demande sociale de participation à l'élaboration des textes réglementaires, même du côté des organisations de défense de l'environnement. Il ne s'agit pas d'une demande formulée par le milieu associatif, qui exprime d'autres priorités dans le cadre du processus Grenelle.

II. Chronique d'une naissance imprévue

Après la consécration en droit français du principe de participation, dans un premier temps en 1995 puis par la loi démocratie de proximité du 27 février 2002, la convention d'Aarhus (1998) est ratifiée par la France en 2002. C'est donc « tout naturellement » que ce principe prend place dans la Charte de l'Environnement, pour aboutir à une opérationnalisation de l'ensemble des implications de ce principe dans la rédaction qu'elle propose, dont la valeur constitutionnelle est reconnue à partir de 2008. Selon cette rédaction en effet, c'est bien l'ensemble des décisions publiques, et non les seuls projets d'aménagement, qui doivent permettre la participation du public. L'article 244 de la loi Grenelle 2 vient donc fort logiquement combler une lacune, en permettant la participation concernant les actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics. Le chapitre suivant propose une analyse juridique de la diversité et des implications de ces sources juridiques. Voyons pour notre part, comment l'histoire sociale et politique de cet article peut être restituée, en rappelant d'abord comment des initiatives et propositions ont été portées sans succès par un petit nombre d'acteurs du droit de l'environnement intéressés par les questions de participation. Les politiques d'environnement semblent connaître une période d'accélération et de emballement, avec en moins d'une décennie deux démarches, deux « coups politiques » : Charte de l'environnement avec son article 7, et le Grenelle de l'environnement. On reviendra sur l'épisode de l'élaboration de la Charte de l'environnement et la rédaction de son article 7, pour comprendre comment la constitutionnalisation du principe de participation va rendre juridiquement indispensable l'ajout d'un nouveau fragment au paysage participatif français, réalisé dans l'urgence à l'occasion de la loi Grenelle 2. Ce sont bien des « coups politiques » successifs qui vont avoir pour effet de renforcer considérablement, de façon largement non intentionnelle, la force juridique du droit de participation du public en matière d'environnement.

A. Solution cherche problème...

La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires nationaux est une cause dont la construction débute dès les années 80 en France, sans parvenir à rallier des acteurs pour la porter. C'est presque dans l'indifférence quasi générale que des propositions en ce sens sont formalisées en ce sens au milieu des années 90. Même avec la reconnaissance du principe de participation à partir du début des années 90, cette solution cherche son problème et son public

Dès 1977 le Conseil de l'Europe avait organisé un colloque de droit européen à l'Université de Bari sur les formes de participation du public à l'élaboration des actes législatifs et administratifs. Cette réflexion aboutit à l'élaboration d'une recommandation du comité des ministres aux Etats-membres n°5 (87) 16 du 17 septembre 1987, relatives aux procédures administratives intéressant un grand nombre de personnes¹⁵. En 1994 un groupe d'experts du Conseil de l'Europe, dont fait partie Michel Prieur, élabore une loi modèle sur la protection de l'environnement dans le cadre de la coopération avec les pays d'Europe centrale et orientale¹⁶. La loi modèle étend la procédure de participation du public à l'élaboration des règlements et plans.

Au début des années 90 pourtant, le contexte semble enfin favorable. De nombreux débats en pointent le déficit démocratique de l'Europe (traité de Maastricht), où de nouvelles pratiques d'information et de consultation sont développées afin de répondre à cette critique. Au même moment se tient le sommet de la Terre à Rio, qui affirme solennellement parmi 27 principes, le principe de participation (principe 10). Ce contexte qui met en avant la participation en matière d'environnement, va pousser des juristes en droit de l'environnement à proposer d'introduire en droit français une forme de participation pratiquée aux Etats-Unis depuis 1946 ; il s'agit de la procédure dite du Notice and Comment, prévue dans le code de procédure administrative (APA) de 1947.

Dès 1988, un article publié par M. Prieur dans la Revue Juridique de l'Environnement avait présenté le dispositif tel qu'il fonctionne aux Etats-Unis. Le Centre International de Droit Comparé de l'Environnement organise en 1990 un colloque réunissant des associations de droit de l'environnement du monde entier, et adopte une recommandation relative à

¹⁵ La recommandation pose le principe que « lorsqu'une autorité compétente se propose de prendre un tel acte administratif, les personnes intéressées doivent en être informées par les moyens appropriés et se voir communiquer les éléments qui leur permettront d'apprécier les effets éventuels du dit acte sur leurs droits, libertés et intérêts ». L'article 4 de cette même recommandation énonce les modalités pratiques de la procédure de participation : observations écrites ; auditions éventuellement en public ; représentation au sein d'un organe consultatif de l'autorité compétente.

l'application des règles administratives protégeant l'environnement, qui indique « les textes généraux réglementant l'environnement (décrets d'application des lois, arrêtés, circulaires ou autres) devraient, préalablement à leur adoption faire l'objet d'une publicité suffisante et de débats publics »). Fruit de ce travail de promotion du dispositif par le CRIDEAU Un amendement est déposé par le groupe RPR de l'Assemblée nationale lors de l'examen de la loi du 20 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs ; repoussé par le gouvernement, cet amendement est rejeté par l'assemblée.

C'est dans ce contexte-là qu'une recherche est conduite par le centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'urbanisme de l'aménagement (CRIDEAU), sous la responsabilité de Michel Prieur, pour le compte de la Direction de la Recherche et des Affaires Economiques et Internationales qui finance la recherche (mission juridique).

Le rapport, daté d'octobre 1994, propose le texte d'un projet de loi et d'un projet de décret pour introduire ce dispositif en France, au terme d'une analyse soulignant la faisabilité et l'opportunité de cette réforme. Le rapport explique ainsi comment les institutions européennes développent depuis plusieurs années des pratiques qui vont dans ce sens¹⁷. Il indique que dès 1993, dans le domaine de l'environnement, la Commission pratique la publication de documents assortis d'appels à des commentaires écrits à la commission. Se met ainsi en place de façon progressive une procédure proche du notice and comment américain, « permettant au public et aux intérêts corporatifs sur un pied d'égalité, de connaître les projets et d'exprimer leurs suggestions ».

Ce rapport ne semble pas avoir eu d'écho tangible au sein du Ministère¹⁸ et a fortiori plus largement. Entre 1994 – date de sa publication – et 2007, on note d'autres projets de lois déposés par des parlementaires, apparemment sans lien avec cette réflexion.

Cette période est donc marquée par une avancée assez rapide au niveau de l'UE, rythmée par des textes de différentes natures, mais sans qu'il y ait d'échanges et de circulation entre cet

¹⁶ Loi modèle sur la protection de l'environnement, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, 37 pages.

¹⁷ Le rapport liste dans le détail l'ensemble des textes et pratiques développées par les institutions européennes. Dans le domaine de l'environnement, cette pratique est quelque peu formalisée par la directive 83-189 du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (modifiée par la directive 88-182 du 22 mars 1988). A partir de 1989, les projets de réglementation techniques des Etats membres doivent non seulement être communiqués à la Commission, mais désormais leur liste est publiée au JOCE à compter de mars 1989. Les milieux professionnels, le public, les autres Etats et la Commission peuvent ainsi faire des commentaires. Enfin, le rapport cite une décision de la Commission du 7 décembre 1993 créant le Forum général consultatif en matière d'environnement (JO CE. N°L.328 du 29/12/1993. Sur la pratique de l'Union Européenne, voir le chapitre 5 de ce rapport.

¹⁸ Aucun des acteurs rencontrés en entretien ne connaissait ce rapport.

échelon et ce qui peut se passer en France, en dehors de ces propositions de lois qui ne parviendront pas à aboutir. Les propositions formulées principalement par des juristes en droit de l'environnement rencontrent peu d'échos, peu d'intérêt, comme si ce dispositif ne parvenait pas à construire sa demande¹⁹. Une poignée d'acteurs défendent l'idée, la pertinence et l'opportunité de mettre en place en France ce type de dispositif, mais sans que ces propositions parviennent à « intéresser »²⁰, au-delà des cercles de juristes spécialisés en droit de l'environnement, un public plus large.

B. Le principe de participation dans la Charte de l'Environnement : une rédaction sans précaution...

[La Charte de l'environnement] peut révéler bien des surprises ; jamais un prétendu « gadget politique » n'aura eu autant d'effets juridiques réels ou potentiels, prévisibles ou imprévisibles » (Michel Prieur, 2008, 65)....

Il convient de revenir ici sur les conditions de rédaction de la Charte de l'environnement. En effet, d'une certaine manière tout semble « découler » de ce texte et de ses effets non prévus. Mais il convient également d'évoquer le second coup politique, qui ne renvoie pas au Grenelle, mais plutôt à une autre réforme moins médiatisée.

Deux ans après l'adoption de la Charte de l'environnement par une loi constitutionnelle, Nicolas Sarkozy nouvellement élu à la Présidence de la République lance deux réformes, apparemment sans lien l'une avec l'autre. Le processus de Grenelle fait l'objet de l'attention publique et médiatique, mais parallèlement, un projet moins médiatisé est conduit de réforme des institutions. En effet, ce thème de la réforme des institutions et la nécessaire revalorisation du rôle du Parlement – avait été au cœur de la campagne présidentielle en 2007²¹. Par ailleurs, dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2008, est mise en place la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie préjudicielle. La révision constitutionnelle de 2008 outre le fait qu'elle crée la QPC²²,

¹⁹ Ceci, faut-il le rappeler, dans un contexte où par ailleurs on est en plein développement des dispositifs institutionnalisés en matière de démocratie participative avec une effervescence et l'expérimentation de toutes sortes de techniques.

²⁰ Au sens de Michel Callon.

²¹ Pour une analyse critique de cette réforme, on se rapportera à l'ouvrage de Bastien Français, *La constitution Sarkozy*.

²² Depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008, l'article 61-1 de la Constitution de 58 est rédigé comme suit : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le CC peut être saisi de cette question sur renvoi du CE ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». La loi organique du 10 décembre 2009 détermine les conditions d'application de cet article et institue la Question Prioritaire de

pose la question des relations entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif, en prétendant revaloriser le rôle du Parlement ainsi que le contrôle citoyen. Toute l'importance de la révision constitutionnelle apparaît avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. En 2008, un arrêt du Conseil d'Etat « Commune d'Annecy », et une décision du Conseil constitutionnel sur les OGM reconnaissent la valeur constitutionnelle de l'article 7 de la charte de l'environnement. Les conditions et limites à ce principe de participation ne peuvent donc être définies que par la loi.

Comme on va le voir, l'article 244 constitue une première tentative pour apporter un élément de réponse face aux risques juridiques que fait peser cette jurisprudence, qui fragilise toute la production réglementaire en matière d'environnement.

Avant de décrire les conditions de sa rédaction et de son adoption, il convient de revenir sur l'élaboration de la Charte de l'environnement, d'une part parce que les conditions de sa rédaction ont peu été étudiées par les non-juristes, et parce qu'elle constitue un point de rupture crucial pour comprendre l'accélération dont participe ensuite le Grenelle. En outre, ainsi qu'on va le rappeler, elle est élaborée au terme d'une expérience assez originale mais largement oubliée - de « Démocratie participative constitutionnelle ». Enfin, c'est la valeur constitutionnelle de ce texte, reconnue par la jurisprudence, qui, combinée aux voies de recours ouvertes par la QPC, va rendre urgente la mise en place d'une forme de participation autour de l'élaboration des textes réglementaires. Comme on le verra, le dispositif est ainsi conçu dans une relative urgence par un groupe de travail au sein du Ministère, afin de tirer les conséquences des contraintes juridiques résultant de la conjonction de ces deux réformes inégalement mises en avant. C'est le fruit des réflexions de ce groupe qui est porté par B. Pancher dans l'amendement qui donnera naissance à l'article 244 de la loi Grenelle 2.

« le caractère inédit, pour une révision constitutionnelle, d'un questionnaire adressé à 55000 acteurs nationaux et régionaux avec 14 000 réponses à des questions telles que « Etes-vous favorables à ce que des principes fondamentaux du droit de l'environnement et du développement durable soient inscrits dans un texte de niveau constitutionnel ? » et la réponse de 1500 internautes, ne peut manquer d'effaroucher ceux qui considèrent qu'une révision constitutionnelle ne peut se préparer par Internet sans être taxée de « gadget » » (Prieur, 2008, 52). Cette façon de faire, poursuit Michel Prieur, irritera l'opposition en public et la majorité en privé. Certaines prises de position évoquent le rôle d'inspirateur joué par Nicolas Hulot

Constitutionnalité. Il s'agit d'une question préjudicielle, c'est-à-dire qui oblige une juridiction à suspendre la procédure jusqu'à la décision de la juridiction compétente sur la question posée.

dans ce projet de charte. Nicolas Hulot, que certains considèrent comme le mentor de Jacques Chirac en matière d'environnement, reconnaît lui-même²³ ce rôle dans l'origine de cette idée. Jacques Chirac annonce son intention de proposer aux français une Charte de l'environnement « adossée à la Constitution », dans deux discours prononcés à Orléans le 3 mai 2001, et à Avranches le 18 mars 2002.

Les 18 membres de la commission « Coppens », représentant le secteur économique et social, les scientifiques et les ONG sont désignés par J.Chirac en juin 2002. La consultation des citoyens est organisée parallèlement aux travaux de la Commission et s'appuie largement sur internet. Une consultation de la société civile organisée est également lancée par le ministère de l'environnement sous la forme d'assises interrégionales. Le processus de Grenelle, bien qu'original est donc loin d'être totalement inédit²⁴.

Des questionnaires (14000 réponses) et une consultation en ligne sur le site du ministère de l'environnement ont complété cette concertation avec la société civile:85% de réponses favorables à l'introduction de l'environnement dans la Constitution ; ainsi, en termes de méthode « le Grenelle de l'environnement » n'a rien inventé et les conditions d'élaboration de la charte en constituent en quelque sorte les prémisses, mais des prémisses qui semblent volontairement gommés du processus lancé en 2007. Plus généralement, on peut parler d'une amnésie administrée si l'on considère la manière dont la mémoire de cette expérience a disparu de la « toile ». Tout se passe comme si les gouvernants s'arrogeaient un « droit à l'oubli » des politiques mises en œuvre par leurs prédécesseurs, littéralement « effacées » à l'occasion des renouvellements des sites internet. Aucun des liens concernant l'élaboration de la Charte de l'environnement n'est plus actif, et pour consulter le compte-rendu de la consultation il faut se rendre aux archives nationales²⁵...

²³ Dans son livre *Le syndrome du Titanic* (Éditions Calmann-Lévy, 2004), il révèle que Jacques Chirac lui propose même de devenir Ministre de l'Écologie dans le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin. Il décline l'offre mais n'hésite pas à demander l'inclusion d'une charte de l'environnement dans la Constitution.

²⁴ Comme le rappelle très bien l'ouvrage de Denis Barbet (2009).

²⁵ Dans le répertoire des Archives Nationales, le premier document cité dans le dossier est l'enquête de la mission de C&S Conseils « Charte de la concertation – Premières propositions mises en œuvre » du 05/06/1996.

Extraits du rapport de la Commission Coppens

L'information, la consultation et la participation du public en matière environnementale doivent constituer des éléments essentiels tant du point de vue de la prise de décision publique, de la responsabilisation des habitants face aux impacts de leurs comportements, que de la connaissance des risques ou nuisances auxquels ils peuvent potentiellement être exposés.

La Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 et le droit communautaire indiquent notamment les règles de participation du public aux décisions relatives à certaines activités, aux plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement et à l'élaboration de normes. C'est dans cet esprit d'ailleurs qu'a été élaborée la Charte de l'environnement par la Commission, qui s'est appuyée à la fois sur la diversité des expériences et des opinions de ses membres, sur la richesse des assises régionales et sur une large consultation nationale d'experts.

Il convient de distinguer mais aussi d'articuler l'information, qui consiste à fournir des données au public sur les objectifs, les mesures et les impacts attendus de l'intervention publique et la participation. Celle-ci peut englober la consultation permettant de recueillir des avis ou des données nécessaires à l'évaluation de cette intervention mais aussi et de plus en plus, des formes d'association plus directe du public pouvant s'inscrire dans le cadre de procédures dans lesquelles des mesures alternatives ou de compensation sont proposées et étudiées conjointement.

La participation en amont des différents acteurs doit permettre non seulement de réduire les risques d'erreurs au niveau de la conception des politiques publiques, mais également d'améliorer considérablement leur mise en oeuvre.

Plus précisément, en termes de décision publique, l'information et la participation du public doivent permettre d'éclairer les choix en associant les parties prenantes et le grand public à quatre étapes clés de la décision :

- L'identification, le diagnostic ou l'alerte sur le problème environnemental ;
- L'élaboration de différentes politiques ou projets alternatifs permettant de résoudre le problème identifié ;
- La collecte d'informations sur les impacts des politiques ou projets, sur les comportements et sur les usages des biens environnementaux ;
- L'identification des effets redistributifs et, ce qui est souvent lié, des problèmes d'acceptabilité des politiques ou des projets.

p. 52 La réforme du contrôle de constitutionnalité des lois

Le dispositif de contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation, hérité de 1958 même s'il a connu des élargissements, a été à l'origine conçu pour faire respecter le partage des compétences entre les pouvoirs constitués. L'adoption de la Charte pourrait mettre en relief l'inadaptation de ce dispositif s'agissant de la protection de droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens.

Certains membres de la Commission ont considéré qu'un plus large accès au juge constitutionnel serait en concordance avec l'économie générale de la Charte. Sans aller jusqu'à une procédure de saisine directe ouverte à tout citoyen, il pourrait être prévu un dispositif permettant aux juridictions, à l'occasion d'un contentieux, de soumettre au Conseil constitutionnel une question préjudicielle pour apprécier la conformité aux normes constitutionnelles d'une loi promulguée. L'opportunité de cette saisine relèverait de l'appréciation de la juridiction. Cependant, la Commission a estimé ne pas devoir proposer dans le cadre de son rapport l'ouverture de ce recours, dans la mesure où l'intérêt d'une telle réforme constitutionnelle dépasse largement le droit de l'environnement.

La préparation de la charte au sein de la Commission Coppens, est marquée par des conflits et de fortes réticences qui continuent à s'exprimer au moment de l'adoption de la loi Constitutionnelle et qui perdurent après son adoption. L'idée qu'il puisse exister un droit de l'homme à l'environnement fait l'objet d'attaques vigoureuses par de nombreux juristes. Les débats parlementaires sont marqués par les clivages partisans, et par « la peur viscérale des juges » (Prieur, 2008 : 56).

Tout au long de la préparation et l'adoption de la charte, c'est bien le principe de précaution qui occupe les 2/3 des débats (Jégouzo, 2005, p. 1064), et la plupart des articles publiés à cette époque. Des positions très hostiles au principe de précaution exprimées à l'époque par l'Académie des sciences et l'Académie de Médecine. C'est sur le principe de précaution que vont progressivement se concentrer les critiques, indépendamment de la charte en tant que telle avec, par exemple, la mise en place par le MEDEF d'un observatoire du principe de précaution²⁶ ou encore la proposition du rapport Attali²⁷ de déconstitutionnaliser le principe de précaution (Soumastre 2012). Une forte implication du Président de la république est nécessaire pour imposer la charte à sa propre majorité.

En revanche ce qui deviendra le principe de participation dans la charte, fait l'objet de beaucoup moins d'attention ou de discussion, et ne semble pas poser problème. Yves Jégouzo indique que lors des débats conduits au sein de la commission, les articles de la Charte relatifs au droit à l'information et à la participation ont fait l'objet d'un rapide consensus. « Il est vrai qu'ici la Convention d'Aarhus et le droit communautaire avaient déjà largement réglé la question » (Jégouzo, 2005, p. 83). Les membres de la Commission semblent ainsi avoir travaillé dans le souci constant de ne pas introduire dans la Charte des dispositions qui auraient mis l'ordre constitutionnel français en contradiction avec le droit international et le droit communautaire de l'environnement, régissant déjà une grande partie des questions traitées dans la charte (Jégouzo, *ibid*).

La consultation a permis, sur la base d'un questionnaire mis à disposition sur un site internet spécialement dédié à l'élaboration de la Charte, de réunir 11 000 réponses institutionnelles et 1500 réponses spontanées, tandis que les ateliers et assises régionaux ont été organisés dans toute la France. Toutefois, si la phase préparatoire a suscité un assez large débat d'idées, y compris au Conseil Economique et Social, « on peut regretter que la consultation locale n'ait pas eu grande influence sur ses travaux (de la commission), pas plus d'ailleurs que l'analyse des questionnaires, trop tardive pour être utile » (J.-M. Février, 2005 : 92).

Le projet de loi constitutionnelle est déposé à l'Assemblée Nationale le 27 juin 2003. Le texte est assez proche des propositions de la commission Coppens, comme le souligne Yves Jégouzo ; en ce qui concerne le principe de participation, la formulation initiale est revue et dès le stade du projet de loi adopté par le Gouvernement, la référence à la notion de « démocratie participative a disparu ».

²⁶ Présidé par François Ewald. Voir le site : <http://www.o-p-p.fr>

²⁷ rapport au président de la république : 316 propositions pour libérer la croissance-23/01/2008

C'est sans référence à cette notion, mais avec une rédaction beaucoup moins restrictive que celle qui prévalait jusqu'ici, que le principe de participation est donc réécrit et trouve sans encombre sa place dans la Charte.

En mars 2005 la charte est adoptée par le Parlement réuni en Congrès sous la forme d'une loi constitutionnelle²⁸.

Au plan juridique, certaines analyses défendaient dans un premier temps l'idée d'une portée limitée de cette charte²⁹, d'autres y voyant le résultat du poids de certains lobbies soucieux de relativiser l'importance de la charte. Les arrêts OGM et Commune d'Annecy vont définitivement lever les doutes sur ce point : tous les principes énoncés dans la Charte de l'environnement, dont le principe d'information et de participation, ont pleine valeur constitutionnelle, et peuvent dès lors être invoqués devant le juge.

C. Des lois, des rapports et des hommes

C'est cette constitutionnalisation de la Charte, et de son article 7, qui marque le point de départ d'un travail de mise en conformité du droit français, au moment où commencent l'élaboration et l'examen de la loi Grenelle 2.

A la suite des décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur la charte de l'environnement, une réflexion est lancée sur la nécessaire mise en conformité du droit en matière de participation à l'élaboration des décisions réglementaires. A partir de juillet 2009 un groupe de travail se met en place au sein du ministère avec la direction des affaires juridiques rattachée au secrétariat général d'une part et le commissariat général au développement durable, qui planche sur la rédaction d'un texte permettant de conforter la sécurité juridique des décisions qui sont produites. Ce texte n'est pas finalisé suffisamment tôt pour être introduit dès le dépôt du projet de loi Grenelle 2, le groupe va rédiger un amendement et solliciter B. Pancher³⁰. Interlocuteur naturel du fait de sa participation au

²⁸ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005-JO 2 mars 2005.

²⁹ cf par ex. B. Mathieu, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA*, 2005, p. 1170.

³⁰ Fondateur de l'association « Décider Ensemble », député de la Meuse, Bertrand Pancher se positionne comme expert des questions de participation. Né en 1958, Fils d'agriculteurs, titulaire d'une licence de droit, et d'une Maîtrise de sciences économiques, B. Pancher débute sa carrière en tant que chargé de mission au groupe libéral du Parlement européen (1985-86), puis au cabinet de Gérard Longuet (ministre délégué chargé des Postes et Télécommunications) (1986-88). Chargé d'études dans plusieurs sociétés privées (1988-89), il fonde la société Archimèst dont il est Président-directeur général de 1989 à 2003 ; depuis 2006 il est directeur du développement de la société. Conseiller technique au cabinet de Serge Lepeltier (2004-05) puis de Nelly Olin (2005-06) (successivement ministre de l'Ecologie et du Développement durable), Conseiller municipal (1989-95), Maire (1995-2001), Adjoint au maire (2001-08) de Bar-le-Duc, Membre (1992-94), Vice-président (1994-2001), Président (2001-04) du Conseil général de la Meuse, Président du District devenue Communauté de communes de Bar-le-Duc (2000-08), Député de la Meuse (depuis 2007), inscrit au groupe de l'Union pour un mouvement

Grenelle, et de la mission qui lui a été confiée, pour porter cet amendement devant l'Assemblée Nationale. A partir de juillet 2009, ce groupe commence à travailler, à une période où on commence à travailler aussi sur le projet de Loi Grenelle 2. La finalisation du texte et les arbitrages ministériels vont conduire à l'introduire par voie d'amendement, en dernière lecture à l'Assemblée Nationale, par l'intermédiaire du député.

C'est ainsi que l'article 244 va apparaître en toute fin de la discussion de la loi Grenelle 2, et sera adopté, avec le soutien par le gouvernement, en fin de processus d'adoption de la loi, par des parlementaires épuisés, et sans discussion ni au Sénat ni à l'Assemblée Nationale. Cette absence de tout débat n'est pas sans conséquence, puisqu'elle laisse de larges marges de manœuvres lors de l'interprétation du texte au moment de son application, en l'absence d'éléments permettant de préciser quelles étaient les « intentions du législateur ».

Par la suite, rapidement une conjonction de rapports pose la question de la nécessaire réécriture de cet article rédigé dans l'urgence. Outre le rapport du Conseil d'Etat 2011, dont on trouvera une analyse dans le chapitre 2 du présent rapport, il faut souligner la continuité avec laquelle le député B. Pancher a porté la proposition de mise en place ou d'approfondissement du dispositif. Dans le rapport rédigé en novembre 2010 avec Marie-Jo Zimmermann pour le Groupe UMP à l'Assemblée Nationale, on trouve ainsi parmi les propositions l'idée d'importer les outils anglo-saxons et scandinaves de débat public, mais il s'agit plutôt des conférences de citoyens et sondages délibératifs³¹. Le rapport préconise de « consacrer un portail gouvernemental à l'ensemble des concertations et consultations menées par le Gouvernement dont l'actualisation serait confiée au Service d'Information du Gouvernement. Préconise également de développer les outils de consultation en ligne, mais sans évoquer précisément le cas de l'élaboration des textes réglementaires, ni à aucun moment la procédure du Notice and Comment³².

Après la loi Grenelle 2, B. Pancher est chargé d'une nouvelle mission sur différentes questions relatives à la gouvernance environnementale. Dans le rapport final³³, on trouve une

populaire (UMP) puis à l'Union des démocrates et indépendants; Secrétaire départemental de la fédération de l'UMP de la Meuse (depuis 2003), Secrétaire national de l'UMP (2002-04). Source : *Who's who en France*.

³¹ Bertrand Pancher, Marie-Jo Zimmermann, Pour une citoyenneté active en France. Moderniser la décision publique par la participation. Novembre 2010. Parmi les personnes auditionnées, ayant vraisemblablement mis en avant le dispositif des conférences de citoyens, on note la présence de Yves Sintomer et Daniel Boy.

³² Bertrand Pancher, Marie-Jo Zimmermann, *Pour une citoyenneté active en France. Moderniser la décision publique par la participation*. Novembre 2010.

³³ Bertrand Pancher, *La concertation au service de la démocratie environnementale. Pour une définition d'un cadre général de la gouvernance environnementale*, Rapport au Président de la République française, p.14.

proposition n°15 est de « Renforcer la e-consultation des textes réglementaires en préparation : améliorer le dispositif de concertation électronique concernant les textes réglementaires qui ont une incidence directe et significative sur l'environnement ; mettre en ligne une synthèse des observations recueillies et de leur prise en compte, étendre ce dispositif aux textes ayant une incidence sur le développement durable (santé, industrie, consommation, solidarité et emploi...) »³⁴.

Par ailleurs, du côté des réflexions sur la modernisation de l'Etat et de l'administration, des rapports se succèdent, où des dispositifs proches sont évoqués³⁵. Le rapport Warsmann³⁶, et la loi qui en est issue³⁷ – sur laquelle on reviendra dans le chapitre suivant - aboutissent ainsi à la mise en place d'un dispositif assez similaire, si ce n'est qu'il est facultatif, non limité à l'environnement, et qu'il renvoie à une logique de simplification de l'administration en affinité avec une vision néolibérale de la concertation en générale, et une vision très négative de l'administration consultative. Le rapport public 2011 du Conseil d'Etat reprend largement à son compte cette vision.

Parmi les personnes auditionnées : Michel Prieur, Laurence Monnoyer Smith, Dominique Bourg, Jacques Testart.

³⁴ Notons que Bertrand Pancher a proposé d'échanger avec toutes les personnes qui le souhaitent sur le rapport étape en ligne sur la gouvernance environnementale en France, via son blog du 2 mai au 1er juin 2011 : <http://gouvernanceenvironnementale.wordpress.com>

³⁵ Déjà en 2006 le rapport Chertier « pour une modernisation du dialogue social » proposait un « temps réservé à la concertation » en amont des projets de textes. Le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006 sur la sécurité juridique et la complexité du droit préconise lui-même la publication des projets de textes sur internet. Le rapport Duport et Dureix sur l'audit de modernisation de juillet 2007 suggère aussi que les décisions publiques soient préparées par des consultations ouvertes.

³⁶ Jean-Luc Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation Française 2009.

³⁷ Loi relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit, n° 2011-525 du 17 mai 2011.

CONCLUSION : RETOUR DU POLITIQUE

On s'est d'abord attaché à invalider certaines hypothèses qui pouvaient être formulées quant à la genèse de l'article 244 de la loi Grenelle 2. Cet article ne résulte pas d'un processus de circulation internationale des idées et des modèles de participation. Non seulement il n'est pas le produit d'un transfert des modèles étrangers, mais il est conçu et mis en œuvre dans une relative « inculture comparative ». Il ne constitue pas non plus une innovation produite dans le cadre du processus Grenelle, où le vice-président du groupe de travail relatif à la démocratie écologique a prêché dans le désert en faveur d'une telle disposition.

Ainsi, des initiatives et propositions ont d'abord été portées sans succès par un petit nombre d'acteurs du droit de l'environnement intéressés par les questions de participation. La Charte de l'environnement avec son article 7, et la constitutionnalisation du principe de participation vont rendre juridiquement indispensable l'ajout d'un nouveau fragment au paysage participatif français, réalisé dans l'urgence à l'occasion de la loi Grenelle 2. Ce sont bien des « coups politiques » successifs qui vont avoir pour effet de renforcer considérablement, de façon largement non intentionnelle, la force juridique du droit de participation du public en matière d'environnement.

Notre enquête illustre donc bien les limites à la circulation internationale de « l'idéal délibératif » et des dispositifs de participation. C'est dans le cadre de logiques propres au champ juridico-politique national que se joue la naissance de ce dispositif. Notre enquête montre aussi les limites à la diffusion des connaissances produites – ici, par le droit – dans le champ de l'action publique. Toute connaissance produite ne se diffuse pas avec le même succès, même quand il s'agit de « démocratie participative ». La perception de ce dispositif comme très technique, voire technico-juridique, la faible demande du côté du milieu associatif et du grand public, où il est perçu comme « le droit des autres » (voir le chapitre 3), tout comme l'absence de professionnels de la participation pour lesquels il pourrait constituer un nouveau marché..., ont sans doute, parmi d'autres facteurs, contribué à empêcher la diffusion de cette innovation.

Notre enquête conduit à relativiser également un récit qui s'en tiendrait à retracer le cours naturel des sources juridiques alimentant un courant naturel aboutissant à la création d'un nouveau dispositif. En cherchant à incarner les processus en jeu, nous avons mis en évidence des épisodes, des acteurs, et peut-être des logiques récurrentes, propres aux règles des champs

de la production du droit d'une part, et du champ politique d'autre part, ainsi qu'à la nature des relations entre ces deux champs. L'énoncé des sources juridiques, constitue en effet dans l'univers politique un argument parmi d'autres possibles pour défendre la naturalité de la constitutionnalisation du principe de participation. Il ne doit pas faire oublier combien des coups juridico-politiques successifs scandent la genèse de l'article 244. Ces sources juridiques, pour importantes qu'elles soient, restent secondaires pour les acteurs du jeu politique qui ne les mobiliseront que dans la mesure où elles servent les stratégies qu'ils défendent. Les sources jouent surtout un rôle, passé le stade de l'initiative politique, pour consolider le contenu des textes (charte ou lois) produits. C'est à ce stade que l'on rencontre la mobilisation des services du Ministère, la sollicitation d'expertise, les références à Aarhus, etc. Les sources inspirent la définition précise des contenus « une fois le coup parti ».

La politique change donc les politiques publiques en matière d'environnement; ce sont des logiques propres au jeu politique qui selon nous explique que des sauts qualitatifs sont franchis par le droit de l'environnement à travers la constitutionnalisation du principe de participation, puis l'introduction d'une question préjudicielle de constitutionnalité, créant une « nouvelle contrainte juridique » qui va conduire à la rédaction de l'article 244 puis à sa réécriture dans la nouvelle loi à la suite de plusieurs QPC. Ainsi les politiques ont en quelque sorte rencontré les « contraintes juridiques » qu'ils avaient contribué indirectement et involontairement à créer.

Ce sont des « conjonctures fluides », des échéances électorales où les frontières entre champs deviennent plus poreuses, qui font franchir des sauts qualitatifs au droit de la participation du public, à l'initiative de candidats à la présidentielle placés sous la pression du mouvement écologiste. Peu importe qu'ils aspirent ou non, une fois (ré)élu, à un autre mandat. C'est bien sur la base des profits politiques qu'ils en escomptent (marge de manœuvre, visibilité de l'action, hauteur de vue et dimension internationale, etc.) qu'ils s'engagent en faveur de la reconnaissance de l'environnement et indissociablement du droit du public d'être associé à l'élaboration des décisions en la matière. La Charte de l'environnement est initiée et produite non pas pour se mettre en conformité avec les « sources » supranationales supposées l'inspirer. Mais bien pour des motifs qui renvoient aux logiques propres au jeu politique³⁸. Les hommes politiques font un « usage politique » du droit et en escomptent un « profit

³⁸ Ceci n'interdit pas que par la suite, les normes – constitutionnelles, législatives... - produites s'autonomisent par rapport à leurs conditions de production.

politique ». Ainsi ce n'est pas tant le droit qui régule le politique que « les lois du jeu politique qui fondent une éventuelle et apparente “soumission au droit” ». L'attachement de leur nom à une Charte, un processus et une série de lois, constituent aux yeux des hommes politiques, une ressource, dont ils anticipent qu'elle est susceptible d'affecter les rapports de force entre les camps politiques.

Deux conceptions, proprement politiques, de ce que doit être la participation du public à la décision, s'affrontent derrière les consultations en ligne. Le nouveau dispositif qui est mis en place par l'article 244, est aussitôt remis sur le métier pour une réécriture plus robuste. Cette nouvelle séquence montre bien comment deux « filières » co-existent, qui vont chacune défendre une certaine conception des consultations en ligne. Chacune de ces filières est articulée autour d'un homme politique clé, des rapports, et des lois (B. Pancher ; JL. Warsmann). Ces deux filières, bien que renvoyant à des hommes politiques issus de la même famille politique, s'opposent largement et sont porteuses de conceptions de la participation et des politiques d'environnement fort éloignées. On va ainsi les retrouver, dans le chapitre 4, opposées au moment de la mise en œuvre de ce dispositif, dans le cadre de luttes institutionnelles pour définir le contenu de certaines dispositions réglementaires prévues par les lois Grenelle.

BIBLIOGRAPHIE

- Agrikoliansky E., Sommier I., *Radiographie du mouvement altermondialiste*. Paris: La dispute, 2005.
- Barbet D. *Grenelle. Histoire politique d'un mot*. Rennes : PUR. 2009.
- Belrhali-B. H. « La pratique des consultations sur internet par l'administration », *RFAP*, Vol. 1, n°137-138, 2011, pp. 181-192.
- Bezes P. *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF, coll. « Le lien social », 2009, 519 p.
- Blatrix C., « La loi Barnier et le débat public : quelle place pour les associations ? », *Ecologie et politique*, n° 21, 1997, pp.77-92.
- Blatrix C. *Pour une sociologie de la démocratie participative*, Mémoire d'Habilitation à Diriger des Recherches, Université Paris 13, 2008.
- Blatrix C. « Des sciences de la participation : paysage participatif et marché des biens savants en France », *Quaderni*, 79, 2012, pp.59-80.
- Blondiaux L., *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris : Seuil, 2008.
- Bourdieu P, « Les conditions sociales de la circulation internationale des idées », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n°145, décembre 2002.
- Boy D. « Le Grenelle de l'environnement : une novation politique ? », *Revue française d'administration publique*, « L'administration au défi du développement durable », n° 134, août 2010, pp. 313-324
- Boy D., Brugidou M., Halpern C., Lascoumes P.(dir.), *Le Grenelle de l'environnement : acteurs, discours, effets*, Paris, Armand Colin, Recherches, 2012,
- Boy D., « Les conférences de consensus françaises : la difficulté d'adaptation d'un modèle "venu d'ailleurs" », Catherine Neveu (dir.), *Cultures et pratiques participatives : perspectives comparatives*, Paris, L'Harmattan, Logiques politiques, 2007, pp. 295-311
- Burgos-Vigna, « Le budget participatif en France : un exemple de transfert politique entre l'Amérique Latine et l'Europe », communication lors du séminaire Les mutations de la gouvernance démocratique en Amérique latine, CERI, 30 novembre 2006.

- Coeurdray M, « Le double jeu de l'import-export symbolique. La construction internationale d'un nouveau discours sur la corruption », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n°151-152, 2004, p. 81-90.
- Cohendet M.A. « La charte et le conseil constitutionnel : point de vue », *RJE*, n°spécial 2005, pp. 107-118.
- Cook B. Kothari U., *Participation : the New Tiranny*, Zed Books, 2001 - 224 pages.
- Dartevelle M, « Le rôle des ONG dans le développement et la mise en ligne sur Internet de l'information sur les pollutions et les risques industriels », in MERMET Laurent BERLAN-DARQU2 2009, *Environnement : Décider autrement. Nouvelles pratiques et nouveaux enjeux de la concertation*, Paris : L'Harmattan.
- Della-Porta D., Tarrow S. (eds), *Transnational protest and global activism*, Lanham, MD : Rowman & Littlefield, 2005.
- Dezalay Y., Garth B., *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique Latine. Entre notables du droit et « Chicago boys »*, Paris, Seuil, Liber, 2002.
- Dolowitz, D.P., Marsh, D., "Learning from abroad: the Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making", *Governance*, 13(1) 2000.
- Diatta, P. « Pouvoirs locaux, réseaux transnationaux et démocratie participative. La constitution d'une « élite plurielle » de la participation », Panel : « *Changer de démocratie : l'analyse des acteurs et des réformes du « tournant » participatif en débat* » Congrès SQSP - Ottawa 23-25 mai 2012.
- DiMaggio P.J., Powell W., « The Iron Cage Revisited : Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields », *American Sociological Review*, vol. 48, n°2, 1983, pp. 147-160.
- Dryzek, John, S. *Deliberative democracy and beyond : Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2003.
- Dunleavy, P., Hood, C., 'From Old Public Administration to New Public Management', 1994, *Public Money & Management*, vol. 14, no. 3, pp. 9-16.
- Flynn, N. and Strehl, F., (eds.), *Public Sector Management in Europe*, New Jersey: Prentice Hall, 1996.
- Février J-M. "La procédure d'élaboration de la charte de l'environnement", *RJE*, 2005, pp. 89-95.

- Février J-M. « Les principes constitutionnels d'information et de participation », *Environnement* n°4, avril 2005, comm. 35.
- Foucher K, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? » *AJDA* 2006, pages 2316-2321.
- Gaxie D.. « Jeux croisés. Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le Président de la République », in D. LOCHAK, *Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1989, pp. 210-229.
- Goodin, R. E., *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice After the Deliberative Turn*, Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Hassenteufel, P., et al., « La libéralisation des systèmes de protection maladie européens. Convergence, européanisation et adaptations nationales », *Politique européenne*, 2, septembre 2000.
- Jegouzo Y, "Le rôle constituant de la Commission Coppens", *RJE*, 2005, pp. 79-87.
- Keck M., Sikkink K, *Activists Beyond Borders : Advocacy Networks in International Politics*, 1998.
- Jobert B., *Le tournant néo-libéral en Europe. Idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris : L'Harmattan, 1994.
- Khragram S., RIKER J. V., Sikkink K., (eds), *Restructuring World Politics. Transnational Social Movements, Networks and Norms*, Minneapolis/ London, University of Minnesota Press, 2002.
- Leroy M. *La participation dans les projets de développement. Une analyse critique*. Paris : Quae, 2009.
- Mathieu B, « La charte et le conseil constitutionnel : point de vue », *RJE*, 2005, pp. 131-136.
- Mayer N., Siméant J, « L'espace de l'altermondialisme », *Revue Française de Science Politique*, vol. 54 (3), juin 2004, p. 373-378.
- Pierson P. "Path Dependence, Increasing Returns, and the Study of Politics," *American Political Science Review*, Vol. 94, No. 2, June, 2000, pp. 251-67.
- Porto de Oliveira O, *Le transfert d'un modèle de démocratie participative. Paradiplomatie entre Porto-Alegre et Saint-Denis*, Paris : CREDAL/IHEAL, 2010.
- Pouligny B, « Acteurs et enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une « société internationale civile », *Critique internationale*, n°13, 2001.
- Prieur M, « La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? » *Pouvoirs*, 127, 2008, pp. 49-65.

- Saurugger S., Surel Y., « L'eupéanisation comme processus de transfert de politique publique », *Revue internationale de politique comparée*, 2006/2 Vol. 13, p. 179-211.
- Siméant Johanna « La transnationalisation de l'action collective ». in Fillieule O. Agrikoliansky E., Sommier I. (dir.), *Penser les mouvements sociaux*, Paris : La Découverte, 2010, 338 pages.
- Sintomer Y., Herberg C., Rocke A., *Les budgets participatifs en Europe. Des services publics au service du public*, Paris : La Découverte, 2008, coll. Recherches.
- Soumastre S, « La charte constitutionnelle de l'environnement », IEP Bordeaux, 2012 note document en ligne :
http://www.sfdeaquitaine.fr/doc/CharteConstitutionnelle_120203.pdf

Rapports

- Conseil Economique, Social et Environnemental, *Pour une participation active de la société civile aux consultations publiques européennes*, Communication présentée par Evelyne Pichenot, 2009, 91 pages.
- Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, Paris : La Documentation Française, 226 pages.
- Ministère de l'écologie et du développement durable, Consultation nationale pour la Charte de l'environnement, *Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement*, 2003, 54 pages.
- Bertrand Pancher, *La concertation au service de la démocratie environnementale. Pour une définition d'un cadre général de la gouvernance environnementale*, Rapport au Président de la République française (remis le 15 février 2012 et présenté à l'Assemblée Nationale aux personnes auditionnées le 7 mars 2012).
- Bertrand Pancher, Marie-Jo Zimmermann, *Pour une citoyenneté active en France. Moderniser la décision publique par la participation*. Groupe UMP, Assemblée Nationale, Novembre 2010.
- Jean-Luc Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Rapport au Premier Ministre, Paris : La Documentation Française 2009.

CHAPITRE 2 : LES ERREMENTS DANS LA FABRIQUE DU DROIT

Par Gérard Monédiaire, Professeur des Universités, Directeur du CRIDEAU/OMIJ, Université de Limoges

« (...) trois objectifs peuvent être retenus : l'égalité des chances, la protection de l'environnement et la participation. Ces trois objectifs sont fondateurs de devoirs pour les individus et pour l'Etat mais n'opposent pas les premiers au second. Ce sont aussi des objectifs dont la valeur démocratique n'est pas contestable : les devoirs qu'ils font naître valorisent l'individu et sa responsabilité citoyenne. » (Yves Madiot, *La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'Homme*, in *Pouvoir-études* offertes à Jacques Mourgeon. Bruylant-Bruxelles, 1998, p. 209s.).

INTRODUCTION

La « démocratie administrative » a esquissé un pas en avant par le truchement de l'article 244 de la loi dite Grenelle II³⁹. Il s'est agi d'organiser en droit interne une procédure de participation du public à l'élaboration des actes réglementaires en matière d'environnement. Cette novation qui peut être vue comme une extension du principe du contradictoire audit règlements fait écho à des recherches anciennes conduites par des juristes de l'environnement⁴⁰. Deux modifications particulièrement importantes intervenues dans le

³⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite loi ENE (JO du 13). L'article 244 (Cf. Tome 2, annexe 1.1) crée deux articles L.210-1 et L.120-2 au Code de l'environnement.

⁴⁰ Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et de participation préalable à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement, recherche pour le Ministère de l'environnement, CRIDEAU, (Michel Prieur, Stéphane Doumbé-Billé, Gérard Monédiaire), 185 p., 1994. Cette recherche avait montré que la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires était d'usage ancien et commun dans plusieurs droits internes, en particulier ceux des Etats-Unis d'Amérique (procédure du « notice and comment », ainsi que du Canada. Les entretiens de terrain conduits avaient mis en relief en quoi ces procédures étaient regardées tant par les gouvernés que les gouvernants comme co-substantielles à la démocratie et propres à améliorer la qualité de la réglementation. Pour autant leur réception se heurtait en France à de puissants et insidieux phénomènes de culture nationale de service public, faisant du « secret des délibérations du gouvernement », la garantie alléguée de la capacité de l'Etat seul à dégager l'intérêt général du désordre des intérêts sectoriels. Reste que les années 90 et 2000 ont vu, sous l'impulsion des principes procéduraux d'information et de participation du public affirmés dans la Déclaration de Rio 92 (notamment son principe 10), la multiplication des instruments qui en droit interne de l'environnement contribuèrent à cristalliser juridiquement « l'idée instituante » de la participation du public en matière d'environnement. La réforme de l'enquête publique dès 1984, la création de la Commission du débat public en 1995, l'inscription de dispositifs d'information et de participation dans des législations sectorielles (droit des déchets par exemple) et dans le droit de l'urbanisme (notamment la « concertation » de l'article L.300-2), l'extension du champ d'application au-delà des actes individuels jusqu'aux plans et programmes consécutivement à une directive communautaire de 2001 (L'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement. Directive 2001-42 du 27 juin

domaine du droit de l'environnement ont contribué à précipiter la ruine de la ligne de résistance de principe qui entendait mettre à l'abri le pouvoir réglementaire d'éventuels tracasseries provoqués par la participation du public.

Il s'agit successivement de la Convention d'Aarhus de 1998⁴¹ en son article 8, et de la Charte constitutionnelle de l'environnement en son article 7. L'article 8 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus, Danemark, 23-26 juin 1998, Commission économique pour l'Europe des Nations Unies) fait suite à deux articles qui concernent pour l'un la participation du public aux actes individuels, et pour l'autre la participation aux plans et programmes. L'article 8 est intitulé : « Participation du public durant la phase d'élaboration de dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale ». Son économie générale est la suivante : il convient de prévoir la participation en amont (« tant que les options sont encore ouvertes »), des délais suffisants pour la participation « effective » doivent être prévus, le préalable de la portée à la connaissance du projet de règle doit être institué, le public doit pouvoir formuler ses observations directement ou par l'intermédiaire « d'organes consultatifs représentatifs », les résultats de la participation doivent être « pris en considération dans toute la mesure possible »⁴².

La France ayant signé, ratifié et publié la Convention d'Aarhus et celle-ci étant entrée en vigueur, l'invention d'une procédure de participation du public à l'élaboration des actes réglementaires relevait classiquement de la satisfaction des engagements internationaux de la nation.

L'article 7 de la Charte de l'environnement⁴³ consacré à l'information et à la participation mérite d'être reproduit : « Toute personne a le droit, dans les conditions et 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 ». Le terme « décision » étant général, nul doute que les actes

2001, CRIDEAU/GRIDAUH/CIDCE, Limoges, 2002), ont été autant de tributaires d'un fleuve qui venait jusqu'alors buter sur la digue des actes réglementaires.

⁴¹ Cf. La Convention d'Aarhus, Revue juridique de l'environnement, n° spécial, 1999.

⁴² La compréhension des stipulations de la Convention d'Aarhus nécessite de se reporter à son « Guide d'application » (ONU, New York et Genève, 2000, 234 p.).

réglementaires sont visés par la Constitution, étant entendu que la querelle de doctrine relative à la nature et à la portée de la Charte a été rapidement réglée tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'Etat dans le sens d'une valeur constitutionnelle plénière de celle-ci. Il fallait sans doute une dernière impulsion pour convaincre le législateur désormais compétent au titre de l'article 7 de la Charte de l'environnement de réformer la procédure d'élaboration des actes réglementaires en matière d'environnement, tel fut un des rôles du « Grenelle de l'environnement ». En effet, une des « fiches de propositions » adoptée dans le cadre des réflexions sur la gouvernance environnementale suggérait l'organisation de la participation du public à l'élaboration des politiques d'environnement et aux décrets nécessaires à leur mise en œuvre. En réalité, le projet de loi gouvernemental (Grenelle II) ne retint pas la proposition, qui fut introduite par amendement parlementaire.

Afin de se faire une idée sur la substance du changement dans le droit de la participation du public au stade de l'élaboration des actes réglementaires, le mieux est de raisonner en trois temps, invitant à examiner en premier lieu les champs d'application de la réforme emportée par la loi ENE (I) avant d'exposer son régime (II). Un troisième temps est nécessaire, consacré à des éléments de natures diverses, qui témoignent tous à leur manière d'un « climat » favorable à la participation du public à l'élaboration des actes réglementaires (III). Mais au préalable, il est nécessaire de garder en mémoire que l'article 244 crée deux articles au Code de l'environnement (L.120-1 et L.120-2)⁴⁴ dont la combinaison pourra s'avérer problématique, et aussi de ne pas perdre de vue que l'article 244 prévoit la publication d'un décret en Conseil d'Etat, uniquement s'agissant de l'article L.120-1. A cet égard, des rumeurs persistantes ont suggéré que l'acte réglementaire ne serait pas nécessaire, la loi étant suffisamment précise pour s'appliquer directement. Au demeurant la pratique administrative du Ministère chargé de l'environnement met en œuvre l'article 244⁴⁵ en

⁴³ Introduite au Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 (JO du 2).

⁴⁴ Sans préjudice de l'analyse de fond, mais au plan formel, il faut relever le caractère maladroit de l'insertion des articles L.120-1 et L.120-2 au Code de l'environnement. Selon l'article 244 loi ENE, ils sont ajoutés « avant la section 1 du chapitre 1^{er} du Titre II du livre 1^{er} du Code de l'environnement ». Ils prennent ainsi place immédiatement sous l'intitulé du chapitre 1 ainsi rédigé : « Participation du public à l'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ». Or l'article 244 ne concerne nullement les « projets » au sens du chapitre 1, mais les projets de textes réglementaires. C'est donc sous l'intitulé du Titre II qu'ils auraient dû trouver place, en tant qu'instruments propres à assurer l'« information et la participation des citoyens », quitte à introduire un chapitre nouveau et décaler ceux existants.

⁴⁵ Page d'accueil du site du Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, lien « Consultations publiques ». Les exploitations qui seront faites ici du site du Ministère sont limitées, sauf exception, au 31 janvier 2011.

l'absence d'intervention du décret. Il n'est donc pas excessif de postuler que les conditions du désordre dans la mise en œuvre du dispositif ont puissamment marqué son émergence même.

I. Le champ d'application : l'incertitude

Plusieurs aspects sont à analyser de près, il convient ainsi de s'interroger sur les catégories formelles d'actes concernés (A), aussi sur le périmètre des personnes publiques concernées (B), encore sur le contenu de la notion « d'incidence directe et significative sur l'environnement » qui conditionne pour sa part la mise à la consultation (C). C'est enfin l'introduction de dispenses de consultation par l'article L.120-2 qui doit être examinée (D).

A. Les actes concernés

L'article L.120-1 s'applique aux « décisions réglementaires » de l'Etat et de ses établissements publics. S'agissant des décisions réglementaires de l'Etat, le silence de la loi invite à prendre potentiellement en compte toute une gamme d'actes, tels les décrets du Président de la République⁴⁶, en particulier lorsqu'il signe des décrets en Conseil des Ministres, la doctrine ayant considéré qu'il partageait alors le pouvoir réglementaire avec le Premier Ministre, mais aussi les décrets en Conseil d'Etat, les arrêtés réglementaires signés par le Premier Ministre et ceux, davantage sectoriels, signés par un seul ministre ou plusieurs. Les ordonnances semblent également soumises à la procédure pendant la période qui précède leur ratification législative, c'est-à-dire lorsque leur nature est encore réglementaire.

Deux catégories d'actes réglementaires sont encore à prendre en considération, il s'agit du pouvoir réglementaire détenu par tout ministre ou chef de service pour l'organisation du service, et aussi des actes réglementaires adoptés par les Préfets en leur qualité d'agents éminents de l'Etat déconcentré. On le voit, les actes réglementaires de l'Etat sont nombreux à se trouver potentiellement visés par la procédure, dès qu'ils satisfont aux autres exigences définies par l'article 244 (cf. *infra*).

⁴⁶ A titre exceptionnel, par exemple dans l'hypothèse de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 rendu nécessaire par une catastrophe environnementale conduisant à une situation où les conditions cumulatives prévues par le constituant sont réunies, et bien sûr uniquement pour les actes du Président de la République pris dans le domaine réglementaire et dans le champ de l'environnement. La reprise des essais nucléaires français en 1995 aurait également pu se faire par décret signé par le Président de la République, si la

À se reporter pour illustration au site du Ministère chargé de l'écologie, on rencontre à la rubrique « consultations publiques » des projets de décret, des projets d'ordonnance (décrets et art. 256 loi ENE du 12 juillet 2010), des projets d'arrêtés interministériels ; mais aussi des textes divers n'ayant pas la nature réglementaire, tels le Rapport d'application de la Convention d'Aarhus (il s'agit en réalité de satisfaire un engagement international⁴⁷), un projet de modification de cahier des charges pour les programmes d'action de prévention des inondations, un document intitulé « Le climat change en France, votre avis nous intéresse »... Avant la promulgation de la loi ENE, avaient également été mis à la consultation, en quelque sorte par anticipation différents documents tels que le Grenelle de la mer », la « Trame verte et bleue », la « Stratégie nationale de développement durable », toutes productions davantage de politique publique que dotées d'une quelconque force juridique. Il faut enfin relever que les intitulés de présentation des documents recourent tantôt à la formule « projet de (...) relatif à (...), tantôt de manière plus laconique à « décret relatif à (...))».

L'article L.120-2 pose quant à lui des problèmes d'interprétation sérieux quant aux actes visés par le législateur. Cet article, qui institue un régime de dispense de concertation du public dans certaines hypothèses (cf. *infra.*) abandonne les expressions de l'article L.120-1 « Etat et ses établissements publics » ainsi que « décisions réglementaires » pour se borner à la formule « décisions des personnes publiques ». Sans préjudice de l'analyse à venir du système de dispense, force est de conclure au terme d'une interprétation littérale que ce sont ici toutes les décisions (réglementaires et individuelles) de toutes les personnes publiques (incluant les collectivités territoriales, tant au titre du pouvoir réglementaire de leur exécutif qu'à celui de leurs délibérations, et leurs établissements publics) qui sont potentiellement concernées, la question des « décisions d'espèce » n'étant pas évoquée. On n'ose imaginer que telle a été la volonté du législateur, même si dans le même article il utilise à une autre occasion la formule de l'article L.120-1 : « décision réglementaire ». Mais si tel a été le cas, le législateur s'est ici fortement inspiré du texte de l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui traite des « décisions publiques ». (Cf. *infra*, les apports du Conseil Constitutionnel).

formule consistant à écarter le principe de légalité n'avait pas été préférée (simple annonce aux médias, le Conseil d'Etat ayant considéré ultérieurement qu'on avait affaire à un acte de gouvernement).

⁴⁷ Sur ces questions : Antoine Gatet « Convention internationale d'Aarhus. Les limites du « rapportage » français », droit de l'environnement, décembre 2010, p. 382 ; Julien Bétaille « Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus », AJDA, 8 nov. 2010, p. 2083.

À la vérité le doute est permis, compte tenu des errements à travers lesquels se met en place la réforme. Il convient ainsi de se souvenir que les réserves naturelles régionales sont créées par délibération du Conseil régional, Collectivité territoriale (art. L.332-1 et s. du Code de l'environnement). Or précisément, l'ordonnance n°2012-9 du 5 janvier 2012 modifiant les livres I et V du Code de l'environnement (JO du 06 janvier 2012) institue une procédure de participation du public directement inspirée par l'article 244 ENE pour la création des réserves naturelles régionales et corses, un décret d'application étant prévu pour la mise en œuvre des dispositions utiles⁴⁸. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance en cause et l'ordonnance elle-même font référence à la loi ENE au titre de son article 256 (recours à l'article 38 de la Constitution) mais sont muets à propos des articles L.120-1 et surtout L.120-2 du Code de l'environnement, ce dernier article se proposant pourtant manifestement en qualité de fondement légal propre à donner une cohérence en droit de l'environnement s'agissant de la participation du public.

B. Les organes concernés par l'article L.120-1⁴⁹

Pour ce qui concerne l'Etat, on imagine sans peine que le Ministère chargé de l'environnement détient une vocation particulière pour mettre les projets à la consultation du public. Une difficulté surgit nécessairement lorsqu'on prend en considération le principe d'intégration posé à l'article 6 de la Charte de l'environnement. Les classifications utilisées par le site du Ministère sont peu éclairantes, car déterminées par domaines : en janvier 2010 sont à la consultation deux projets relevant de la rubrique « prévention des risques », deux sont classés sous « transport et sécurité routière » et deux sont compris au sein de « urbanisme, aménagement durable et ressources naturelles ». Il serait souhaitable, du point de vue de la rigueur juridique, d'indiquer clairement, parallèlement aux rubriques, les codes devant être augmentés ou modifiés. Reste que des projets concernant des domaines mixtes, tels que santé-environnement⁵⁰, consommation-environnement, agriculture-environnement, travail-environnement semblent à peu près absents des mises en consultation. En revanche, début février 2011, un projet de décret modifiant le Code de l'urbanisme pour ce qui a trait

⁴⁸ Rachel Cattier « Clarification du régime des ressources naturelles », La Gazette, 2 avril 2012, p. 54.

⁴⁹ Les difficultés d'interprétation de l'article L.120-2 (cf. supra) dissuadent d'examiner dans le détail les organes potentiellement concernés, notamment dans l'hypothèse d'une compréhension large des dispositions de cet article.

⁵⁰ Alors même que l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement consacre « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

aux documents d'urbanisme en relation avec la protection de l'environnement a été mis à la consultation.

De manière plus générale, il conviendrait de se poser la question « de quoi l'Etat est le nom « aujourd'hui. En particulier se demander si on ne doit pas comprendre dans son périmètre les « Agences » ; qui sont des « autorités de l'Etat », et dont plusieurs interviennent directement ou indirectement dans le domaine de l'environnement (cf. Rapport public 2012 du Conseil d'Etat).

Il est nécessaire d'insister sur l'importance de l'organe administratif constitué par le Préfet en tant que représentant de l'Etat déconcentré. En effet, il détient toute une série de compétences dans le domaine de l'environnement, c'est lui qui par exemple signe les arrêtés de biotope, c'est encore lui qui détient le pouvoir d'approbation pour de nombreuses planifications environnementales locales (déchets, eau, carrières, risques...) ⁵¹.

D'autres incertitudes pèsent sur la définition du périmètre des établissements publics de l'Etat concernés. En l'absence de spécification, on doit penser que sont visés indifféremment les EP administratifs et industriels et commerciaux. Mais surtout la question se pose de repérer ceux qui détiennent un pouvoir réglementaire. Des difficultés supplémentaires peuvent surgir lorsqu'on a affaire à des autorités administratives indépendantes qui n'ont pas nécessairement de personnalité juridique, ou ne disposent pas de pouvoir réglementaire, telle la Commission nationale du débat public. Mais curieusement, le débat national sur les nanotechnologies conduit sous l'autorité de la CNDP a été mis à la consultation publique sur le site du Ministère, il est vrai avant l'entrée en vigueur de la loi ENE. Dans le même ordre d'idées, alors qu'il est loin d'être certain que le Conservatoire du littoral détienne un réel pouvoir réglementaire, un projet de décret portant création d'une zone de préemption à son bénéfice a été mis en ligne.

⁵¹ Le rapport public du Conseil d'Etat de 2010 consacre des développements à la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Il importe de noter que la Haute assemblée s'exprime alors préalablement au vote de la loi ENE. Il ne semble pas faire de doute pour le Conseil d'Etat que les actes du Préfet sont concernés y compris les actes individuels en matière d'ICPE. En outre, le rapport semble reprendre à son compte le contenu de l'article 7 de la Convention d'Aarhus (explicité par le Guide d'application qui prévoit la participation du public pendant la phase administrative de la mise au point des projets de loi, avant le débat parlementaire). En revanche, la question de la soumission à participation des projets d'ordonnance est « réservée ». Pour le surplus le Conseil d'Etat invite le législateur à se saisir sans tarder de sa compétence pour légiférer en la matière au motif de la sécurité juridique, tout en lui rappelant l'expression utilisée par l'article 7 de la Charte de l'environnement : « conditions et limites ». Cf Conseil d'Etat-Rapport public 2010, la Documentation française 2011, p. 93 et s.

On est en terrain plus sûr avec les parcs nationaux. A noter à cet égard une pratique du parc amazonien de Guyane qui a mis sur son site internet à la consultation du public un projet d'arrêté portant règlement des procédures d'achat par marché public hors MAPA. La note de présentation fait explicitement référence aux obligations nouvelles emportées par l'article 244, et justifie sa mise en œuvre en raison du contenu du projet. Cet effort de rigueur doit être salué⁵².

Il faut aussi relever la pratique de l'Autorité de sûreté nucléaire, qui n'est pas un établissement public mais une autorité administrative indépendante, et qui détient un pouvoir réglementaire. Son site permet (en un seul « clic ») l'accès aux « consultations ». Le 31 janvier 2011 s'est achevée une consultation sur le projet de guide méthodologique relatif à la gestion des sites potentiellement pollués par des substances radioactives, texte qui n'est malheureusement pas un règlement. Mais il est nécessaire de signaler un effort bienvenu d'information du public relatif aux « règles du jeu » de la procédure de consultation, effort absent du site du Ministère. La page d'accueil des consultations de l'ASN précise en effet que « La consultation est réalisée concomitamment sur Internet mais aussi par courrier ou encore lors de réunions avec les parties prenantes, les commentaires et propositions qui nous parviennent n'appellent pas de réponse individuelle immédiate, mais viennent nourrir la réflexion en cours au sein de plusieurs groupes d'experts à qui vos contributions sont transmises ». On est certes loin des implications de « l'obligation redditionnelle » telle que posée par la Convention d'Aarhus et mise en œuvre par l'Union européenne (cf. *infra*), mais un tel propos, sans préjudice de ses insuffisances, exprime à sa manière un respect à l'égard du public. Enfin le site ASN, s'agissant de la même consultation, précise que le projet est également mis en ligne sur les sites de l'IRSN et du Ministère, ce qui pourrait purger une critique énoncée *supra*. Mais en réalité il n'en est rien, les deux sites en cause étant muets à l'égard de ce projet⁵³.

⁵² Mais la pré-publication du projet d'arrêté ne figure que sur le site de l'EP, pas sur celui du Ministère. Ce n'est pas faciliter la participation du public que de le contraindre à mettre en place un suivi tous azimut des projets réglementaires. L'Union européenne (cf. *infra*) a résolu depuis longtemps ce problème en instituant pour les consultations du public un « point d'accès unique » informatique, (« Your voice »). Cette solution est également préconisée par le Guide d'application de la Convention d'Aarhus (p. 156).

⁵³ Par ailleurs, le projet de décret relatif à l'octroi d'une zone de préemption au profit du Conservatoire du littoral et des rivages lacustres publié sur le site du Ministère ne l'est pas sur celui du Conservatoire.

C. L'exigence d'une « incidence directe et significative » sur l'environnement

Les analyses qui suivent sont apparemment datées, puisque consécutivement aux déclarations d'inconstitutionnalité de différents textes (cf. infra), le récent projet de loi du 03 octobre 2012 relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public ne fait plus référence qu'aux « décisions (...) ayant une incidence sur l'environnement ». Mais cette formule qui peut satisfaire les plus radicaux des partisans de la participation du public n'efface pas pour autant la formule de l'article 7 de la Charte qui confie au législateur le soin de définir « les conditions et limites » de la participation. Gageons que certains se souviendront des nuances potentiellement contenues dans le substantif de « limites ».

L'article 7 de la Charte de l'environnement soumet donc à participation du public les décisions « ayant une incidence sur l'environnement ». A l'évidence, l'article 244 (ensemble articles L.120-1 et L.120-2) vise à restreindre le champ d'application tel qu'entendu par le pouvoir constitutionnel. L'expression retenue est à peu près similaire à celle qui fixe le domaine d'intervention de la Commission nationale du débat public, l'article L.121-1 du Code de l'environnement limitant la compétence de cette dernière aux projets qui « présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire »⁵⁴. Et à la différence du système du débat public, aucune possibilité légale d'intervention du public pour solliciter la tenue d'une participation du public à l'élaboration d'un décret n'est envisagée par la loi, dans l'hypothèse où l'administration aurait estimé qu'un projet n'avait pas d'incidence directe et significative sur l'environnement. On notera enfin que l'expression limitative concernant le débat public a un caractère alternatif, alors que celle visant la participation du public pendant la phase d'élaboration des règlements est de nature cumulative, laissant entrevoir des situations inextricables lorsqu'il serait prétendu que l'impact sur l'environnement pourrait être significatif mais indirect, dispensant donc le projet de mise à la participation, alors même que toutes les études d'impact d'environnement imposent (entre autres) l'examen des effets indirects... C'est sans doute ici que la nécessité d'un décret d'application (à propos duquel on aime à penser qu'il sera soumis à consultation du public) se fait impérative, sauf abandon de la matière aux aléas ou arbitraires administratifs. En effet, et au risque de raisonner aux limites, on ne peut quant à la substance de l'incidence directe et significative sur l'environnement que se féliciter de la mise à la participation du public sur le site du Ministère d'un projet d'arrêté relatif au remorquage

⁵⁴ La directive de 2001 dite « évaluation stratégique » (ou « plans-programmes ») limite son champ d'application aux plans et programmes « susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement » (art. 1).

de planeur en ULM, pour aussitôt s'interroger sur les raisons qui ont fait échapper à la procédure les désormais célèbres arrêtés d'autorisation de recherche des gaz de schiste dans le sud de la France.

À la vérité, seule une analyse de contenu du site du Ministère, augmenté des différents sites des établissements publics disposant de pouvoir réglementaire permettra, à l'issue d'une période suffisamment longue à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi ENE, de se faire une idée précise de la doctrine administrative en matière d'incidence directe et significative. A ce jour, mais de manière peu significative car portant sur une durée trop brève, on peut repérer des projets d'actes réglementaires relatifs à la biodiversité, aux déchets, au bruit, à la nature, aux risques, à la pêche, et assez fréquemment à l'aéronautique civile. En revanche, le domaine des ICPE ne semble pas faire l'objet actuellement d'une intense activité réglementaire. Et c'est surtout la mise en miroir des projets soumis à participation du public d'une part et de la totalité de la production réglementaire aisément repérable au Journal Officiel (soit que l'on retienne une interprétation stricte de l'environnement, soit une conception plus ample intégrant la portée du principe d'intégration) d'autre part qui autorisera la formulation d'une opinion édifiée⁵⁵. Il est à noter que le site « Consultations publiques » du Ministère a été ré-organisé en juillet 2012, il est désormais nécessaire de s'inscrire pour s'informer et intervenir dans le cadre de la participation.

Reste une dernière équivoque, qui apparue à la lecture du Rapport public du Conseil d'Etat de 2010⁵⁶, qui tendait à dispenser de consultation du public les projets de caractère procédural, dès lors considérés comme ne pouvant susciter des incidences directes et significatives sur l'environnement, ce dernier saisi uniquement quant à sa consistance matérielle par cumul des « milieux ». Tel semble bien être la pratique administrative puisque dans une première période aucun projet procédural n'a été mis à la consultation, alors que les grandes fédérations de défense de l'environnement ont été consultées sur le décret relatif à la réforme de l'enquête publique consécutif à la loi ENE. Ainsi peut se perpétuer une pratique ancienne de consultation discrétionnaire, sinon arbitraire. A ce stade, force est de rappeler une évidence : que c'est le plus souvent la qualité du droit procédural qui commande l'effectivité du droit substantiel, sauf à proclamer généreusement tous les droits et principes qu'on veut

⁵⁵ Voir pour une illustration (Tome 2, annexe 1.2), les résultats d'une recherche collective conduite en séminaire dans le cadre du Master 2 droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (2012, K. Brionaud, I. Millogo, M. Quero) - CRIDEAU-OMIJ, FDSE, Université de Limoges.

pour réduire à néant leur énergie en les privant d'instruments de mise en œuvre⁵⁷. Aussi d'attirer l'attention sur le caractère oxymorique d'une assertion qui prétendrait simultanément instituer le droit à la participation du public, sauf en ce qui concerne l'établissement des modalités de cette participation. Pour enfin se souvenir du mot lumineux de Rudolf Von Ihering (on admettra pour l'occasion que forme et procédure sont synonymes) : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté ».

Par ailleurs, de manière plus pragmatique, une telle orientation conduirait à des situations baroques. Ainsi du rapport d'application de la Convention d'Aarhus qui nonobstant son caractère non réglementaire a été, mis en ligne pour consultation du public. Or, le contenu de la Convention d'Aarhus est exclusivement procédural. Mais au titre de l'article 15 de la Convention, les rapports nationaux adressés au Comité d'examen du respect des stipulations de la Convention (CERCA) doivent être soumis à une « participation appropriée du public ». L'exclusion de la soumission à participation des projets de règlements procéduraux trouverait ainsi une exception lorsqu'on est en matière de respect des engagements internationaux, et pour des documents non réglementaires. Tout ceci est parfaitement concevable en droit, mais au prix d'une complication peut-être inutile, et peu compatible avec l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité du droit.

D. Les dispenses de mise à la participation de l'article L.120.2

Ces dispenses sont de deux ordres. En réservant le cas où « elles sont soumises à des dispositions législatives particulières », les « décisions des personnes publiques ayant une incidence directe et significative sur l'environnement » ne donnent pas lieu à participation du public au stade de leur élaboration dès lors qu'elles sont adoptées « conformément à une décision réglementaire ou à un plan, schéma ou programme ou à un autre document de planification ayant donné lieu à participation du public ». On sent bien qu'il y a là apparition d'un principe selon lequel « participation sur participation ne vaut ». Sans évoquer à nouveau

⁵⁶ Cf. *supra* note 13.

⁵⁷ Pour un exemple, ou plutôt un contre-exemple : l'alinéa 5 de l'article 1^{er} de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire tel que modifié par la loi n° 99-533 du 25 juin 1999, pose que « Les citoyens sont associés à son [la « politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire »] élaboration et à sa mise en œuvre ainsi qu'à l'évaluation des projets qui en découlent ». C'est en vain qu'on chercherait ailleurs dans la loi le moindre élément de procédure susceptible d'assurer une portée quelconque à cette proclamation, étant entendu que nul décret d'application n'était prévu. On observe ainsi ici une illustration de ce que le professeur J.M. Auby avait qualifié de « production juridique »,

le caractère absolument générique du substantif « décision », on peut mettre en doute la pertinence du système lorsque par exemple, une autorité locale adopte par arrêté un acte réglementaire fondé juridiquement sur un décret qui a donné lieu à participation, en particulier en raison d'une des missions de l'acte local qui consiste à apprécier les conditions de faits locales, par nature différentes ici et là. Une autre équivoque rédactionnelle peut être relevée. Le texte, dont la finalité évidente est celle de la plus large dispense de mise à la participation, vise les règlements « secondaires » pris « conformément » à des règlements antérieurs. Il est possible que l'adverbe soit venu un peu par hasard sous la plume du rédacteur du texte qui n'ait pas entendu y attacher un contenu juridique particulier. Il est envisageable aussi d'interpréter le même adverbe à travers les efforts jurisprudentiels qui ont permis d'autonomiser nettement (en particulier en droit de l'urbanisme dont on connaît la parenté avec le droit de l'environnement) les notions de conformité et de compatibilité. Dans cette perspective d'analyse juridique du mot, force est de conclure que la volonté d'ouvrir largement le champ des dispenses de participation du public se « tire une balle dans le pied », car l'étude du droit de l'urbanisme démontre que si les rapports de compatibilité sont légion en son sein, les exigences beaucoup plus robustes de « conformité » sont plus rares.

La seconde hypothèse de dispense concerne exclusivement les actes réglementaires de l'Etat qui échappent à la procédure dès lors que leur finalité est celle de la « transposition d'une directive communautaire ayant donné lieu à participation du public »⁵⁸.

La crainte qui surgit alors légitimement est celle de voir le champ d'application de la procédure « à la française » de participation du public à l'élaboration des actes réglementaires dans le domaine de l'environnement se réduire comme peau de chagrin. En effet, pour apprécier la procédure non contentieuse d'adoption du droit dérivé européen à l'égard du principe de participation du public, la matière ne manque pas à travers plusieurs communications de la Commission de l'UE⁵⁹. On se bornera ici à la prise en considération de

par contraste avec la « prescription juridique ». En l'absence de procédure ou de sanction, le droit devient évanescent.

⁵⁸ La Communauté européenne ayant cessé d'exister à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009) il faut évidemment lire « directive de l'Union européenne ».

⁵⁹ Sélection chronologique : Communication de la Commission « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue. Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », 11 déc. 2002, COM (2002) 704 final ; Communication of the Commission « Action plan to improve communicating Europe by the Commission », 20 juillet 2005, SEC 52005° 985 final ; communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au CESE et au CDR. Contribution de la Commission à la période de réflexion et au-delà : le plan D comme Démocratie, Dialogue et Débat, 13 octobre 2005 COM (2005) 494 final ; Communication de la Commission « Suivi du livre vert - Initiative européenne en

la communication de 2002 fixant les principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées, principes et normes auxquels la Commission n'est pas prête à renoncer puisqu'elle envisage d'y apporter des améliorations (Communications post 2002), en particulier sous l'influence du Livre blanc sur la gouvernance européenne (2001) et de la ratification par l'Union européenne de la Convention d'Aarhus. Ne sont ici bien entendu retenus que les éléments de la communication en lien direct avec l'appréciation de l'article L.120-2 nouveau du Code de l'environnement. Un premier point mérité d'être relevé : la commission entend conserver à ses consultations sa dimension non juridiquement contraignante en se refusant à envisager une initiative législative. A cela deux raisons. La seconde est de préoccupation contentieuse : « Il faut éviter que les propositions [de législation] de la Commission puissent être attaquées devant le juge communautaire pour défaut de consultation des parties intéressées ». On peut certes regretter une telle préoccupation de « mise à l'abri », on doit simultanément apprécier la franchise du propos qui exprime clairement la motivation de la position de l'institution européenne⁶⁰. La première (p. 10) distingue deux phases chronologiques : soit en premier lieu les initiatives de la Commission (dont la consultation du public) qui se situent « avant l'adoption d'une proposition [législative], en second lieu « le processus décisionnel formel et obligatoire qui y succède conformément aux Traités ». On a ainsi une indication précieuse relative à la période de la consultation de la société civile, plutôt cohérente avec l'article 8 de la Convention d'Aarhus qui préconise la consultation en amont du processus décisionnel. Cette position est confortée au stade de la définition du terme « consultation » (p. 15) qui « désigne le processus par lequel la Commission souhaite susciter la contribution de parties extérieures intéressées à

matière de transparence », 21 mars 2007, SEC (2007) 360 ; Communication de la Commission au PE, au CM, au CESE et au CR « Debate Europe. Exploiter les réalisations du plan D comme Démocratie, Dialogue et Débat » (annexes en anglais), 2 avril 2008, COM (2008) 158 final. A signaler sur le même thème : Avis et rapports du Conseil économique, social et environnemental (France) « Pour une participation active de la société civile aux consultations publiques européennes », 2009, communication présentée par Mme Evelyne Pichenot (92 p.). Lire Romain Badouard « Voies et impasses de la e-participation à l'échelle européenne. Une analyse comparée de la consultation européenne des citoyens 2009 et des consultations en ligne de la Commission », Journées doctorales du GIS Participation du public, décision, démocratie participative, 27/28 novembre 2010 (Document de travail).

⁶⁰ Voir, dans le même rapport, 6^e : la pratique bien installée de l'Union européenne. De manière très générale, les pouvoirs publics (européens et nationaux) refusent de s'engager dans la voie qui permettrait la mise en cause de la légalité de l'acte sur le fondement du non respect de la procédure participative. L'UE le fait en refusant de légiférer, le droit interne de manière plus explicite : soit le contenu par exemple de l'article L.300-2 du Code de l'urbanisme qui, après avoir prévu la « concertation » pour toute une série de documents d'urbanisme et d'opérations d'aménagement indique que ceux-ci « ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation ». La jurisprudence administrative, considérant que la concertation avec le public institue un régime dérogatoire à l'égard des principes classiques d'édiction des actes administratifs, en tire la nécessité d'interpréter les dispositions procédurales de manière étroite. S'en suit une jurisprudence se satisfaisant d'un minimum formel de participation du public. Il est vraisemblable que le décret d'application de l'article L.120-1 comprendra des dispositions propres à mettre à l'abri les actes réglementaires soumis à participation du public de tout risque contentieux au stade de la légalité externe.

l'élaboration de ses politiques, avant toute prise de décision ». Lorsqu'on en vient à l'énoncé des « principes généraux », l'accent est mis sur l'ambition de la Commission qui « s'est engagée (...) sur une consultation la plus large possible sur les principales initiatives politiques. Cela vaut tout particulièrement pour les propositions législatives » (p. 16).

À ce stade, un point apparaît acquis. Pour la Commission, la tenue d'une consultation va de soi au stade pré-propositionnel dès lors qu'un instrument de droit dérivé est envisagé, soit en cas de création *ex nihilo*, soit dans l'hypothèse de modification substantielle d'un texte existant. Ce sera évidemment le cas s'agissant de la politique (et du droit) européen de l'environnement⁶¹. Or, si on veut alors se souvenir qu'entre 80 % et 90 % du droit interne de l'environnement est en nature de droit européen transposé, lequel aura fait l'objet d'une consultation, la conclusion est claire : selon l'article L.120-2, la quasi-totalité des actes réglementaires interne en droit de l'environnement sera dispensée de participation du public⁶², rendant presque accessoire le contenu de l'article L.120-1. Le piège se referme grâce à une carence : à la différence de l'article L.120-1, l'article L.120-2 qui emporte la « dispense européenne » ne prévoit pas de décret d'application, son contenu juridique est définitif, insusceptible d'être nuancé. Nulle espèce de participation donc pour nourrir le génie propre du système européen au stade de la transposition, où le public (général ou intéressé) aurait pu émettre des suggestions quant au choix des moyens de droit internes susceptibles d'assurer au mieux l'obligation de résultat, évidemment attirer l'attention sur les risques juridiques de transposition défectueuse (incorrectes ou partielles) dont les Etats-membres sont coutumiers, aussi le cas échéant proposer des mises en œuvre de clauses de protection renforcée ou de clause de sauvegarde en considération des spécificités des territoires nationaux ou infra-étatiques... Sauf bien sûr si on considère que les consultations réalisées par la Commission de l'U.E résultant d'une « bonne pratique » et non d'un dispositif d'obligatorité juridique, ne constituent pas une procédure juridiquement organisée de participation du public.

Mais la surprise vient de l'examen du site « consultations publiques » du Ministère, qui témoigne d'un net affranchissement par rapport à la lettre de la loi. En effet, certes avant l'entrée en vigueur de la loi ENE, avaient été mis à la consultation un projet de décret relatif aux autorisations dans le cadre du réseau Natura 2000 et l'instrument de transposition de la

⁶¹ Voir des précédents sur le site « Votre point de vue sur l'Europe » <http://europe.en.int/yourvoice>.

⁶² Dispense qui demeure normale s'agissant des règlements européens mais qui ici concerne bien *expressis verbis* les directives, dont la transposition est obligatoire.

directive 2006/21 relative à la gestion des déchets de l'industrie extractive ; pratique qui s'est maintenue après l'entrée en vigueur de la loi par la mise à la consultation pour la seconde fois du décret « Natura 2000 », aussi d'un projet d'arrêté relatif à des demandes d'exemption dans le cadre du Règlement de 2006 dit « Reach », et plus clairement encore s'il est possible du projet d'ordonnance « portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des déchets ». Qu'on n'en doute pas : tous ces instruments de législation dérivée européenne ont bel et bien fait l'objet d'une participation du public au niveau européen, dès lors, sauf ignorance de l'administration française, on doit lui être reconnaissant d'agir ainsi *contra legem*.

II. Le régime : la promptitude

L'article L.120-1 établit deux procédures (A), tandis que l'examen de différents éléments de régime et de pratique administrative appelle deux ordres d'observations, relatives d'une part aux délais (B) et d'autre part aux périodes de consultation du public (C).

A. Les deux procédures de l'article L.120-1

Une fois réservées les hypothèses où le Code de l'environnement ou une législation particulière prévoit des « dispositions particulières à la participation du public », l'article L.120-1, enregistrant implicitement le contenu de l'article 8 de la Convention d'Aarhus⁶³ qui introduit les occurrences où la procédure décisionnelle prévoit le recours à l'administration consultative (mais sous condition de présence des représentants des intérêts environnementaux au sein des conseils, commission, ou comités concernés), distingue deux voies procédurales.

Si l'adoption du règlement n'exige l'intervention d'aucun organe de l'administration consultative, le projet de texte est soumis à publication préalable « par la voie électronique dans des conditions permettant au public de formuler des observations » (art. L.120-1.I), des précisions étant apportées par le II du même article. Ainsi, le projet de décision sera accompagné d'une « note de présentation », et sera accessible au public pendant un délai de quinze jours minimum, la mise en ligne précisant le *dies ad quem* s'il est différent du délai de

quinze jours de droit commun. Inutile dès lors de préciser les raisons pour lesquelles les porteurs d'intérêts seront bien avisés d'anticiper leurs arguments pour être en position de contribuer de manière pertinente au processus de participation dans un délai aussi bref⁶⁴. On se bornera à cet égard à rappeler que la durée minimale de l'enquête publique est fixée à un mois, la possibilité étant laissée au Commissaire-enquêteur ou à la Commission d'enquête de doubler le délai, alors même que le public doit être averti 15 jours au moins à l'avance de l'ouverture de l'enquête (art. L.123-9 et L.123-10 du Code de l'environnement). Le second alinéa du II envisage les occurrences où « le volume ou les caractéristiques des documents ne permettent pas leur mise en ligne ». Dans ce cas, c'est un résumé qui sera accessible en ligne, assorti d'un renvoi aux « lieux et heures où l'intégralité du dossier peut être consultée ». Compte tenu de la fréquente technicité des fondements de la norme environnementale, et en considération de l'adage qui prétend que bien souvent « le diable est dans les détails », on imagine les qualités de réactivité et de célérité exigées implicitement du public pour mettre en œuvre une participation intelligente.

La seconde voie procédurale est celle qui voit le projet de texte cheminer jusqu'à un organe de l'administration consultative, pour avis (art. L.120-1, III). Tel est le cas par exemple du droit des installations classées pour la protection de l'environnement où la consultation du Conseil supérieur des ICPE est obligatoire au cours de la procédure d'adoption des règlements. Ici le projet de réglementation accompagné d'une note de présentation fait l'objet « d'une publication, éventuellement par voie électronique » avant la saisine de l'organe consultatif⁶⁵. Il est réellement malaisé d'interpréter le caractère facultatif du recours à la voie électronique qui semble la mieux à même d'assurer l'information du public. La publication du projet de norme se fera-t-elle par insertion au JO ou à un BO, eux-mêmes accessibles en ligne ? Doit-on, en ayant recours à la sociologie administrative, déceler dans cette disposition un agacement du monde notabiliaire de la démocratie consultative à l'égard de la montée en puissance de la démocratie participative ?⁶⁶

⁶³ L'article 244 ne se réfère pas à l'article 8 de la Convention d'Aarhus (alors qu'on observe une tendance dans la législation interne à viser les conventions internationales utiles), mais exclusivement à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

⁶⁴ Alors qu'aucune information préalable sur le « programme de réglementation » du Gouvernement n'est prévue.

⁶⁵ Le I de l'article L.120-1 évoque la « saisine » de l'organe consultatif, le III opte quant à lui pour la « transmission » à l'organe consultatif. A la différence de l'hypothèse exposée supra, aucun délai précis (du type 15 jours) n'est introduit par la loi.

⁶⁶ Il est à noter que le Rapport public 2010 du Conseil d'Etat indique clairement qu'à ses yeux la participation du public au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement peut être satisfaite par le seul recours à l'administration consultative, sous deux conditions : que l'instance assure une « représentation adéquate du

Puis les IV et V de l'article L.120-1 aménagent le régime de la participation du public dans le sens de sa restriction en considération de situations d'urgence justifiées par « la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public » qui ne permettent pas, matériellement, l'organisation de la participation du public. Toutefois, une sorte d'urgence modérée est envisagée, qui se traduit par une réduction des délais de droit commun prévus pour les périodes sereines. Une participation du public enfermée dans un délai de 48 heures est donc à la limite légale. Par ailleurs, renvoi est fait (V) à l'article L.124-4 du Code de l'environnement (dédié à l'information seule) qui protège toute une série d'intérêts en limitant le droit à l'information. La référence à cette disposition permet le cas échéant d'expurger les éléments mis en ligne, la loi prévoyant la possibilité d'adapter les modalités de participation du public dans ce cas. Une telle occurrence se rencontre sur le site du Ministère de l'écologie à propos de la mise à la participation du public d'un projet de décret sur la déclaration des nanoparticules, la notice consacrant des développements à la « confidentialité » (secret industriel ou commercial, propriété intellectuelle).

B. Les délais

Un premier temps (déjà signalé) est celui de la durée de la consultation telle que fixée par l'article L.120-1-II pour les projets de décision ne supposant l'intervention d'aucun organe consultatif. On sait qu'est arrêtée une durée minimale, celle de 15 jours francs, dont la brièveté a déjà été critiquée. Qu'il suffise à cet égard de rappeler le délai de consultation de droit commun pratiqué initialement (avant 2002) par la Commission européenne : il était de six semaines, soit déjà 3 fois plus long. Suite à des observations d'associations européennes et nationales se plaignant des difficultés ressenties pour se mobiliser afin de participer utilement et intelligemment au processus, la Commission, dans sa communication de 2002⁶⁷, indique qu'elle s'efforcera de « prévoir un délai de huit semaines pour la réception des réponses aux consultations publiques écrites, ainsi qu'un préavis de 20 jours ouvrables pour les réunions » tout en envisageant la possibilité de périodes supérieures à huit semaines en raison de la

public concerné », et que le législateur opte pour cette formule et en définisse les modalités. Le Guide d'application de la Convention d'Aarhus traite de l'hypothèse du recours à l'administration consultative dans les termes suivants : il ne doit pas s'agir de produire une expertise, mais un avis, et surtout ce sont les organes consultatifs qui semblent devoir procéder eux-mêmes à la consultation du public, ce qui implique chez eux « une part de transparence et d'ouverture ». Si cette interprétation est confirmée, on aurait affaire à un déplacement de l'obligation d'organiser la participation du public depuis l'administration de gestion vers l'administration consultative (cf. Guide, p. 157 : « ces organismes doivent être « consultatifs », c'est-à-dire qu'ils doivent procéder à des consultations »).

⁶⁷ Cf. *supra*.

spécificité des questions mises en débat, ou des périodes de congés. Consécutivement à des plaintes réitérées émanant d'ONG (environnementales, mais aussi de PME), la Commission a étendu le délai de droit commun à 12 semaines à partir du 1^{er} janvier 2012. En outre, elle a mis en place un « service d'alerte » annonçant très en amont les initiatives à venir. Pour bénéficier de ce dernier service, les ONG doivent s'enregistrer sur un registre de transparence⁶⁸. Reste que s'agissant des délais, nous voici rendus à un différentiel de facteur 6 pour la durée de la consultation, étant entendu que l'article L.120-1 dispose bien que la durée de 15 jours peut être un minimum, mais dont la prolongation reste dans la main des pouvoirs publics, aucune « initiative populaire » n'étant envisagée. Par ailleurs, qu'on ne vienne pas objecter que la différence de durée des consultations entre niveau français et niveau européen s'expliquerait par des échelles territoriales différentes : les méthodes mises en œuvre faisant grand usage de la communication électronique via internet, on se situe ici dans le temps de l'immédiateté qui efface la variable spatiale. Incidemment, on observera encore que le droit français n'envisage à aucun moment la possibilité (qui ne doit pas être automatique, mais s'avère nécessaire en cas de fortes controverses) de recourir à l'exemple de la Commission à des « réunions » regroupant les parties prenantes, ou plus largement à la gamme des instruments de la démocratie participative (focus groups, conférences de citoyens, etc...). Cependant, on doit à la vérité de signaler une heureuse initiative dont il faut créditer la direction générale de l'aviation civile. A l'occasion de la mise sur le site du Ministère d'un projet d'arrêté « relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans aucune personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités requises des personnes qui les utilisent », ce service signale la tenue d'une « réunion d'information et d'échanges » à son siège, en invitant les lecteurs à s'inscrire en vue d'y participer⁶⁹.

Pour les projets obligatoirement soumis à consultation organique (II) le degré de l'indétermination croît : le projet d'acte, comme on l'a vu, fera « l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique », et cette publication aura lieu « avant transmission » à l'organe consultatif. Formule qui pourrait susciter la question suivante du Huron : « Combien de temps « avant ? », étant entendu que la chronologie qui place la phase de participation du public avant celle de l'examen pour avis de l'administration consultative est bienvenue.

⁶⁸ Europolitique environnement, n° 826, 20 janvier 2012, p.14.

⁶⁹ Le site du Ministère permet de vérifier la fréquence du recours au délai de 15 jours, mais d'autres fois à celui d'un mois, parfois trois... Il est extrêmement difficile d'inférer la logique des durées des consultations : un projet de décret relatif aux prélèvements d'eau est mis en consultation pendant 15 jours, le projet de plan national

Deuxième manifestation significative d'un rapport en temps, celle du délai post-participation pendant lequel le projet ne peut être adopté de manière définitive, étant bien entendu qu'est toujours ici en cause un projet d'acte, et pas encore l'adoption juridique définitive de l'acte. La question se pose en premier lieu de l'identification du moment de l'adoption définitive du projet. Formellement, il est tout à fait plausible que ce moment soit celui de l'examen en Conseil des Ministres. Il n'est pas moins légitime, si on se place dans une perspective de sociologie administrative, d'admettre que le moment réel de l'adoption du projet est celui de la dernière réunion interministérielle qui entérine les transactions qui ont fait l'objet de controverses internes à l'administration antérieurement. Dans un cas comme dans l'autre, il est certain qu'on se situe au tout aval du processus décisionnel, en contradiction flagrante avec la stipulation de l'article 8 de la Convention d'Aarhus qui indique « chaque partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié – et tant que les options sont encore ouvertes – durant la phase d'élaboration (...) ». Qu'il suffise sur cet aspect de renvoyer à la communication de la Commission européenne de 2002 qui indique clairement : « Pour être efficace, la consultation doit être aussi précoce que possible (...). Plusieurs phases de consultations peuvent être nécessaires » (p. 18). Quant à l'interprétation qu'il est possible de donner du délai post-participation du public, elle invite d'abord à garder en mémoire une différence de régime indiquée supra : en cas de consultation obligatoire d'un organe de l'administration consultative (L.120-1-III), « le projet ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai de 15 jours francs à compter de la date de publication du projet ». En revanche, lorsqu'aucun avis formel n'est requis (L.120-1-II), le projet pour être définitivement adopté n'est astreint qu'à un temps de latence de deux jours à compter de la date d'expiration de la période pendant laquelle observations, suggestions ou réserves émanant du public peuvent être enregistrées. La différence entre les délais au bénéfice de la procédure d'administration consultative classique répond sans doute au rythme propre d'un système formalisé juridiquement (convocations devant respecter un délai avant la réunion de l'organe, approbation du compte rendu...), elle exprime peut-être aussi une préférence pour la consultation habituelle⁷⁰. L'attention doit cependant surtout être attirée sur l'extrême brièveté du délai dans le cas de la participation du public qui n'a pas à être conjuguée avec une phase consultative organique. Comme il a été dit, à l'issue du dernier jour de réception des éléments procédant de la participation, deux jours francs suffisent pour

d'actions (qui n'est pas un règlement) en faveur du crapaud sonneur à ventre jaune *Bombina bombina* est mieux traité (1 mois)...

arrêter définitivement le projet. On a là affaire davantage à un « délai de décence » qu'à autre chose...⁷¹

Le seul fait d'avoir légalement fixé un possible délai aussi bref exprime deux implicites : qu'à supposer même de très abondantes et très pertinentes observations et suggestions du public, les services de l'Etat sont parfaitement aptes à en faire la synthèse et à modifier le projet en conséquence en deux jours, même s'il s'agit d'un projet marqué par la complexité ; à moins qu'un consensus silencieux n'ait prévalu, selon lequel la participation du public ordinaire ne peut engendrer que de l'insignifiance. Il convient cependant de signaler que le projet de loi du 3 octobre emporte un doublement du délai prévu par l'article L-120-1, le portant à quatre jours. Il y a des doublements qu'on hésite à qualifier de réel progrès.

Le dernier rapport au temps est celui d'un vide, où là encore la Convention d'Aarhus est négligée au titre du dernier alinéa de son article 8. Celui-ci stipule, très modéré dans sa rédaction que « Les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible ». A cette affirmation le législateur français de 2010a répondu implicitement encore que nulle mesure n'était possible. En effet, aucun élément de procédure n'est décelable dans la loi qui viendrait à faire penser que même potentiellement un temps de prise en considération est prévu. C'est à nouveau vers la pratique européenne qu'il faut se tourner pour mesurer la timidité de la réforme française. En effet, les « Principes généraux et normes minimales » de la Commission (2002) expriment quant à eux une position très contrastée. Ceci est visible autour du thème du « retour d'informations ». Les extraits utiles sont les suivants : « La Commission rappelle que le principal mécanisme qui permettra le retour d'informations aux participants repose sur un document officiel de la Commission, qui doit être approuvé par le collège des Commissaires, c'est-à-dire notamment les exposés des motifs qui accompagnent les propositions législatives »⁷², affirmation qui se traduit par le point « E : « Accusé de réception et retour d'informations » des normes minimales, où on peut lire : « Un accusé de réception des contributions doit être fourni. Les résultats de la consultation publique ouverte doivent être diffusés sur les sites Internet dont le lieu figure sur

⁷⁰ Il est dommage qu'aucun travail récent et d'ampleur n'ait été consacré au thème de l'administration consultative contemporaine.

⁷¹ Il suffit d'imaginer, par analogie, la réaction des commissaires enquêteurs dans le cadre de la procédure d'enquête publique s'il leur était fait obligation de remettre leurs rapports et conclusions motivées en 48 heures.

⁷² Sur cette question, Gérard Monédiaire « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement » in Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Dalloz 2007, p. 607 sq.

la page du point d'accès unique », étant entendu que « La Commission donnera des informations en retour aux parties qui ont répondu à la consultation et au public en général. A cette fin les exposés des motifs qui accompagnent les propositions législatives de la Commission ou les communications publiées par cette dernière à l'issue d'un processus de consultation fourniront les résultats de ces consultations, de même que les explications sur la manière dont celles-ci ont été menées et dont les résultats ont été pris en compte dans la proposition. En outre, les résultats des consultations menées dans le cadre du processus d'évaluation d'impact seront résumés dans les rapports y afférents ». Soit de l'art et de la manière de prendre au sérieux la Convention d'Aarhus⁷³, même sans s'y référer... Mais pour le législateur français, le temps du retour d'informations sur la participation est un temps vide, inexistant. (Cf. toutefois infra, projet de loi du 3 octobre 2012 relatif au livre V du Code de l'environnement).

C. Les périodes

À plusieurs reprises, la consultation du site du Ministère révèle que des soumissions à la participation du public ont lieu pendant des périodes qui exigeront beaucoup de vertu républicaine de la part des citoyens. Le projet d'ordonnance prise en application de l'article 256 de la loi ENE est mis à la consultation début août 2010 avec un délai d'un mois, le projet de décret Natura 2000 est mis à la consultation le 4 août, celle-ci s'achevant le 20 août, il en va de même pour un projet de décret estival relatif à des prolongations de concessions de mines d'hydrocarbures. Manifestement, les citoyens devront prendre en compte ici le principe de continuité du service public. Ce sont aussi deux projets de décrets, l'un relatif aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie d'une part, et aux autorisations temporaires de prélèvements d'eau qui sont placés en consultation le 16 décembre 2010, la date d'achèvement de celle-ci étant fixée au 31 décembre pour l'un, mais au 3 janvier 2011 pour l'autre. Il est sans doute superflu d'épiloguer, pour comprendre comment le recours au délai légal le plus bref peut être conjugué avec des périodes le plus souvent qualifiées de « trêves »

⁷³ Le Guide d'application de la Convention d'Aarhus fournit par renvoi à l'article 6 du texte des informations précieuses. On y lit que « concrètement le document final qui consacre l'adoption du plan, du programme ou de la politique [ici de l'acte réglementaire] doit fournir des explications concernant la participation du public et la façon dont elle a été prise en considération (...). De plus le document final doit faire apparaître que la participation du public a eu une incidence sur le résultat final ». Tout en rappelant la grande marge d'appréciation consentie à l'Etat à travers la formule « dans toute la mesure possible » (p. 158), le Guide précise qu'« il pourrait être prouvé qu'une autorité publique donnée n'a pas rempli les conditions minimales requises en matière de procédure s'il est possible de faire apparaître que le public n'a pas été consulté ou que ses

(estivale, des confiseurs...) afin de rendre infiniment malaisée une participation du public intelligente. Seule une étude approfondie serait à même de permettre de se prononcer quant aux imputations possibles de ces pratiques : maladroites, désinvolture, ruse... Il est regrettable à ce propos que l'administration n'ait pas bonne mémoire, au point d'oublier une circulaire⁷⁴ ancienne qui concernait les enquêtes publiques, et dont le II-3-a était ainsi rédigé : « L'époque de l'enquête publique (...) ne doit pas coïncider avec les périodes de vacances d'été ou d'hiver, à moins que l'opération intéresse les touristes. Dans ce dernier cas, il convient d'étendre la durée de l'enquête de manière à permettre à la population résidente de s'exprimer au retour des vacances »...

III. Un « climat » juridique favorable ?

Plusieurs éléments se sont ajoutés au panorama juridique de la participation du public à l'élaboration des actes réglementaires, en 2010 et en 2011. Certains concernent directement le domaine de l'environnement, d'autres le font obliquement. Ils sont de natures diverses : il s'agit d'une « reprise » quasi-littérale de l'article 244 de la loi ENE dans le domaine de la pêche maritime (A), de la promulgation d'une loi générale (B) de quatre décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière d'environnement (C), et du Rapport public du Conseil d'État pour 2011 (D).

A. La duplication du « système » de l'article 244 dans le domaine de la pêche maritime (article L. 914-3 du Code rural et de la pêche maritime)

Peu de temps après l'adoption de la loi ENE (12 juillet 2010), c'est l'article 90 de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche (J.O. du 28) qui reprend l'esprit et les termes de l'article 244 loi ENE dans le domaine de la pêche maritime et de l'aquaculture marine.

L'hypothèse de la nécessité (ou de son absence) de recueillir l'avis d'un organe consultatif est envisagée, le régime étant calqué sur celui de l'article L.120-1 du Code de l'environnement, mais ici appliqué aux « décisions des personnes publiques » (formulation de

observations n'ont pas du tout été prises en considération » (cf. encadré de la p. 142, dans le domaine de l'article 6 de la Convention).

⁷⁴ « Directive » du 14 mai 1976 relative à l'information du public et à l'organisation des enquêtes publiques, JO 19 mai 1976. Cette circulaire avait été inspirée par deux rapports du Médiateur de la République (1973 et 1975).

l'article L.120-2 Code de l'environnement). Il est à noter qu'aucun décret d'application n'est prévu par la loi votée 15 jours après la loi ENE.

Deux observations peuvent être formulées.

On a ici affaire à une disposition prévoyant des modalités de participation du public dans un domaine qui concerne l'environnement, mais qui ne relève pas du droit de l'environnement stricto sensu, c'est-à-dire tel que formellement inséré au Code de l'environnement. *Prima facie*, il est possible de s'en féliciter. Il est vrai que le texte intervient dans un champ où la marge d'appréciation des Etats-membres de l'Union européenne est particulièrement réduite puisque l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de « la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche » (art. 3.1-d T.F.U.E.). L'article L.914-3 code rural/pêche maritime prend d'ailleurs soin de viser « les décisions des personnes publiques prises en application de la législation nationale ou des règlements de l'Union européenne », étant bien entendu que le règlement est l'acte juridique de l'Union qui « a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable à tout Etat-membre » (art. 288 T.F.U.E.). Pratiquement, les « décisions » concernées peuvent revêtir un caractère individuel ou réglementaire.

Quand au fond, on retrouve les interrogations classiques relatives au champ d'application potentiel de telles législations à la lumière du principe d'intégration des exigences de la protection de l'environnement (art. 11 T.F.U.E. et art. 6 Charte française de l'environnement). Beaucoup est alors dans l'intention, la mise en perspective : les « ressources biologiques de la mer » ont une coloration économique de matière première pour certains, alors que sous la dénomination de « biodiversité » elles sont regardées par d'autres comme essentiellement à protéger. La question se pose donc de la difficile délimitation du périmètre des mesures appelant la participation du public lorsqu'elles ont un versant incontestablement environnemental mais aussi d'autres aspects. S'il est heureux, comme on l'a dit, que l'article L.914.3 « exporte » l'article 244 ENE dans un autre code que celui de l'environnement amorçant potentiellement un mouvement général, il faut observer que cette réception a été conditionnée par l'adoption d'un texte particulier, précisément l'article 90 de la loi du 27 juillet 2010, signifiant par là-même que la chose n'allait pas sans dire. C'est ainsi désigner ce qui peut être un enjeu stratégique pour l'avenir : la nécessité de disséminer formellement (sans préjudice des critiques exprimées supra quant au contenu), l'esprit de l'article 244 ENE dans le plus grand nombre de codes qui pour n'être pas « de

l'environnement », rencontrent à des degrés variables l'objectif de protection de l'environnement et de la santé publique dans leurs dispositions. La nature constitutionnelle de la Charte de l'environnement pourrait, à raison de ses articles 6 et 7, y contribuer puissamment, sans préjudice de l'utilité de ne pas perdre de vue que la lettre de l'article 244 vise les projets de décisions réglementaires ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, et pas uniquement les projets de décisions réglementaires pris sur le fondement du code de l'environnement ou ayant pour finalité de l'augmenter ou de le modifier. Formellement, on pourrait considérer qu'a vocation à être soumis à l'épreuve de l'appréciation des incidences directes et significatives tout projet de texte réglementaire qui nécessite la signature du Ministre chargé de l'environnement.

B. L'article 16 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit⁷⁵

L'article en cause crée une possibilité dans la main de l'autorité administrative chargée de l'élaboration d'un texte réglementaire d'organiser une consultation en ligne lorsque la mesure qu'elle envisage nécessite la formulation d'un avis émanant de l'administration consultative. « Autorité administrative » doit s'entendre au sens de toutes les autorités administratives, nationales et locales, centralisées, déconcentrées et décentralisées. La consultation, qualifiée de « consultation ouverte » a lieu via internet. Il appartient à l'administration, à chaque fois, de faire connaître son initiative « par tous moyens », sa durée, qui ne peut être inférieure à 15 jours, doit permettre de recueillir les « observations des personnes concernées ». Un décret d'application pris en Conseil d'Etat était, comme pour l'article L.120-1 du Code de l'environnement prévu pour préciser les modalités de mise en œuvre de la disposition. Celui-ci a été publié⁷⁶, à la différence de celui prévu par l'article 244 loi ENE.

Une conséquence majeure en terme procédural consiste en la « réduction » des administrations consultatives au statut du public, des « personnes concernées ». En effet, le Conseil (ou commission, ou comité...) dont l'avis est obligatoire dans le cadre d'une procédure donnée aura la faculté (et non l'obligation) de faire connaître sa position dans les mêmes conditions que le public, c'est-à-dire en ayant recours à internet. A l'issue de la

⁷⁵ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (Jo du 18), dite « Loi Warsmann ». Le Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2011 qualifie l'article 16 de « mesure ambitieuse ». (Cf. infra).

consultation, il incombe à l'administration à l'origine du recours à la consultation en ligne d'établir une « synthèse des observations » qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires, la synthèse est rendue publique. Ce point est le bienvenu.

Toutefois, certaines consultations demeurent obligatoires telles que prévues et organisées sur le fondement d'autres textes. Il s'agit des consultations d'autorités administratives indépendantes (tels l'ASN par exemple), des consultations qui exigent exceptionnellement la production d'un avis conforme ou celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, ou traduisant un pouvoir de proposition, ou constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle (par exemple le droit à l'environnement tel que consacré par la Charte constitutionnelle de 2005), ou celles qui mettent en œuvre le principe de participation (les articles L.120-1 et L.120-2 du Code de l'environnement). Il ne devrait donc, en principe, pas y avoir de superposition des procédures participatives issues des deux textes législatifs.

Le décret du 8 décembre 2011 apporte diverses précisions quant au dispositif législatif. On relèvera en particulier les suivantes :

- les initiatives émanant d'une autorité de l'Etat ou d'un de ses établissements publics sont publiées sur le site internet du Premier ministre, la note de présentation du décret mentionnant « la création d'un site internet du Premier ministre ayant vocation à recenser l'ensemble des consultations organisées par internet sur les projets de textes législatifs et réglementaires nationaux ». Lorsque sont en cause des collectivités territoriales, des groupements de collectivités territoriales et des établissements publics rattaché à ces dernières, il leur incombe de définir les moyens du « porté à la connaissance », le minimum étant la mention sur un site internet défini par l'autorité décentralisée.

- la décision de mise à la consultation ouverte publiée sur internet est assortie d'une notice explicative, du projet d'acte, indique la période de consultation ainsi qu'éventuellement la date prévue pour l'entrée en vigueur des dispositions projetées

- mais l'autorité conserve un entier pouvoir discrétionnaire pour préciser si les contributions émanant du public seront ou non consultables sur le site de la consultation

⁷⁶ Décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet, JO du 9. Entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Les consultations sont accessibles, s'agissant de l'Etat, sur www.vie-publique.fr.

- la publication sur site de la mise à la consultation au titre de l'article 16 de la loi précise qu'elle se substitue aux consultations des commissions consultatives

- la synthèse de la consultation ouverte devra être publiée au plus tard au jour de la décision, sur le site qui a accueilli les observations

- deux alinéas de l'article 4 organisent les rapports entre les consultations type article 16 loi de 2011 et les autres consultations (par exemple celles résultant des articles L.120-1 et L.120-2 Code de l'environnement ?). Il est précisé, s'agissant des administrations de l'Etat uniquement, que leurs projets doivent être mis à la consultation sur le site dédié du Premier ministre dès lors que les projets ont un champ d'application national⁷⁷. Il ya là un début de prise de conscience de la nécessité d'organiser un point unique d'accès, mais seulement un début. En effet, beaucoup de décisions réglementaires « nationales » au sens juridique adoptées en matière d'environnement, mais aussi dans bien d'autres domaines, n'ont pas un « champ d'application national » au sens géographique lorsque, par exemple, sont pris en considération les objectifs d'aménagement ou de protection de territoires particuliers. Sans doute conscient de la difficulté, le décret permet à l'Etat et à ses établissements publics d'avoir recours au site du Premier ministre lorsqu'est en cause un projet d'acte réglementaire qui ne répond pas aux exigences fixées précédemment. Mais aucune obligation n'étant instituée, la pluralité des sites risque de demeurer en tant qu'obstacle à une information commodément accessible.

Il est désormais possible de proposer un tableau comparatif synthétique des systèmes de consultations ouvertes (ou du public) en contrastant à plusieurs titres les procédures issues d'une part de la loi ENE de 2011 et de la loi de simplification du droit de 2011.

	Loi ENE 2010 Art.244 L. 120-1 et L.120-2 C. env.	Loi simplification du droit 2011 Art. 16 (et art. 70)
Champ d'application matériel	Actes réglementaires dans le domaine de l'environnement, sous conditions	Ensemble des actes réglementaires
Organes concernés	Etat, EP (L.120-1) Etat, EP + coll. territoriales et leurs EP (L.120-2)	Etat, EP, coll. territoriales et leurs EP.
Degré d'obligatorité	Conditions de déclenchement appréciées discrétionnairement par l'administration (degré d'impact sur l'environnement)	Initiative rigoureusement discrétionnaire de l'administration
Dispositif de mise en oeuvre	Décret prévu par la loi (L.120-1) estimé superflu par le Conseil d'Etat. Combinaison administration consultative/consultation du public. Durée minimale : 15 jours	Décret d'application publié, décembre 2011 Réduction de l'administration consultative au statut du « public » Durée minimale : 15 jours
Obligations redditionnelles	non	Oui, sous forme de synthèse accessible au public.

C. Quatre contentieux constitutionnels : entre satisfaction, interrogations et conséquences législatives

a) Une décision portant sur des textes antérieurs à la promulgation de la loi ENE

C'est l'association France Nature Environnement (FNE) qui à l'occasion d'un recours devant le Conseil d'Etat, a sollicité ce dernier de poser deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel. Le juge administratif a considéré que les moyens soulevés présentaient un caractère sérieux, et a donc renvoyé par décisions au Conseil constitutionnel. Sur le fond, étaient en cause deux articles du Code de l'environnement (L. 511-2 et 512-7 § III) relatifs au régime des ICPE issus d'une ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009. Aux yeux de l'association de défense de l'environnement, ces deux dispositions qui prévoyaient, respectivement en matière de projets de décret de nomenclature d'ICPE-enregistrement (L.511-2) et de projets de prescriptions générales consacrées aux mêmes ICPE-enregistrement une « publication, éventuellement par voie électronique » desdits projets, avant leur transmission au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, faisaient bon marché des exigences constitutionnelles contenues dans l'article 7 de la Charte de l'environnement, notamment au stade de la participation du public.

La décision du Conseil constitutionnel⁷⁸ a donné entière satisfaction aux requérants, en prononçant l'inconstitutionnalité des deux dispositions, tout en fixant la date de la prise d'effet de leur annulation au 1er janvier 2013. La décision du Conseil constitutionnel suggère deux ordres d'interprétations, consacrés successivement à deux formules du Conseil : « Les décrets de nomenclature (...) constituent des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », et « qu'en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ».

Le Conseil constitutionnel tend ainsi à promouvoir une conception plénière de la notion de « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » (article 7 de la Charte de l'environnement). Ce faisant, il semble écarter l'opinion qui était exprimée dans le rapport public 2010 du Conseil d'Etat, laquelle tendait à considérer que les projets de dispositions procédurales ne pouvaient pas être regardées comme porteuses d'une incidence

⁷⁷ Il en va de même pour les consultations organisées sur les projets de loi.

environnementale, à la différence des règles de fond, et qu'elles devaient échapper au champ de la participation. En faisant une telle lecture du texte constitutionnel, où « l'incidence » sur l'environnement n'est pas adjectivée, le Conseil constitutionnel excède même les exigences de la Convention d'Aarhus en son article 8 qui vise les dispositions réglementaires ou instruments normatifs contraignants d'application générale qui « peuvent avoir un effet important sur l'environnement⁷⁹ ». Il y a là un effet bienvenu pour les défenseurs de la démocratie environnementale de la position constante du Conseil Constitutionnel selon laquelle il se refuse à juger de la constitutionnalité de la loi ... Simultanément, la décision du Conseil constitutionnel permet de poser à nouveau le problème des « limites » introduites par le législateur dans l'article 244 loi ENE, limites qui semblent, elles, se placer en retrait de la satisfaction des obligations internationales à l'égard de la Convention d'Aarhus par la France. En effet, tant l'article L.120-1 que L.120-2 font référence, pour soumettre les projets à participation, à la notion cumulative « d'incidence directe et significative ». Il est d'une certaine manière dommage que ni les requérants, ni le Conseil d'Etat pas plus que le Conseil constitutionnel n'aient pu livrer leur interprétation à cet égard de la rédaction de l'article 244, celui-ci étant entré en vigueur en 2010 alors que les articles querellés résultaient de l'ordonnance de 2009.

On retiendra, à ce stade, que le Conseil constitutionnel semble faire prévaloir le « principe » de la participation du public sur ses inévitables aménagements en terme d'exceptions, où on se situerait classiquement dans un domaine de « droit étroit ».

En réalité, même une lecture superficielle des articles en cause permettait de mesurer qu'ils organisaient une procédure d'information, mais pas de participation. Dès lors, leur inconstitutionnalité au titre de l'article 7 de la Charte était patente, sans que le recours à l'avis en l'occurrence nécessaire d'un organe de l'administration où les intérêts environnementaux sont représentés parmi d'autres puisse suffire à réaliser la participation du public telle que visée à l'article 7. Peut-être voit-on ici le Conseil constitutionnel participer à la remise en cause de l'administration consultative, aux côtés du législateur (loi simplification 2011, art. 16) et du Conseil d'Etat (Rapport public-2011).

⁷⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-183-184 QPC du 14 octobre 2011, reproduite in Le Moniteur du 25 novembre 2011, cahier détaché n° 1, p. 77.

Mais le Conseil constitutionnel s'adresse surtout au législateur, au titre de la méconnaissance de sa propre compétence (compétence négative) au stade de la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte constitutionnelle de l'environnement, mise en œuvre qui lui est confiée. En effet, la décision indique clairement que « les dispositions conférées [publication « éventuellement par voie électronique » des projets de prescriptions générales ICPE – enregistrement avant transmission pour avis au Conseil supérieur des IC] ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause (...) ». Manière de signifier qu'un dispositif procédural fait ici défaut, et qu'il est de la compétence du législateur de le définir, ce qu'il n'a pas fait.

La décision du 14 octobre 2011 du Conseil constitutionnel doit en définitive être regardée favorablement à propos de la participation du public. Elle laisse cependant nécessairement pendante la question de la constitutionnalité des articles L.120-1 et L.120-2 du Code de l'environnement à l'égard de la « densité » des impacts environnementaux des projets réglementaires. Le mieux à cet égard est de former des vœux pour que soit confirmée l'opinion qui prétend que « la décision FNE fait désormais ressortir que tous les textes et décisions relatifs à l'environnement devront nécessairement remplir cette condition [de soumission à la participation du public], quitte à devoir ciseler les modalités de la participation en fonction des catégories de mesures envisagées »⁸⁰.

b) Trois décisions postérieures à la promulgation de la loi ENE 2010 et de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit de 2011

Chronologiquement, la première décision⁸¹ intervient là encore dans le domaine des ICPE, elle concerne celles soumises à autorisation. L'action a été également initiée par France Nature Environnement. A l'analyse, on observe que le Conseil constitutionnel confirme strictement sa décision du 14 octobre 2011 s'agissant de la méconnaissance par le législateur de sa compétence. En effet l'article L.512-5 du Code de l'environnement, tel que modifié par la loi simplification et amélioration du droit, reprend exactement la formule qui a été jugée

⁷⁹ Cf. Raymond Léost, « Une nouvelle lecture du droit de participation du public », Droit de l'environnement, octobre 2011, n° 1940.

⁸⁰ Cyril Roger-Lacan, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur public : « Participation et information du public : la définition par étapes de la portée de l'article 7 de la Charte de l'environnement », BDEI n° 36-novembre 2011, p. 5.

⁸¹ Conseil Constitutionnel, décision n°2012-262 QPC du 13 juillet 2012.

insuffisante par le Conseil constitutionnel. A la décharge du législateur, on observera que la loi simplification et amélioration du droit a été promulguée le 17 mai 2011, alors que la censure du Conseil constitutionnel résulte de sa décision du 14 octobre de la même année.

En conséquence l'intérêt de la décision tient en la réponse du Conseil à l'argument de FNE tenant à la portée de l'article L.120-1 Code de l'environnement (article 244 loi ENE) dans l'instance. En substance, le Conseil constitutionnel écarte toute effectivité de l'article L.120-1 Code de l'environnement dans l'espèce, en se fondant sur la première phrase du I de l'article qui définit son champ d'application en précisant qu'il a vocation à l'appliquer « Sauf disposition particulière relative à la participation du public prévue par le présent code ou par [une] législation (...) ». Parfaitement fondée en droit, la solution appelle deux ordres de réflexion.

Au plan pratique et immédiat, la solution est peu satisfaisante : d'une part le législateur a méconnu sa compétence en omettant d'organiser une procédure, d'autre part l'article L.120-1 qui en prévoit une (sans préjudice de ses insuffisances développées supra) est inapplicable, alors même que l'effet de l'inconstitutionnalité est reporté au 1^{er} janvier 2013.

Au plan plus fondamental, on doit s'interroger sur la portée réelle de l'article L.120-1 du Code de l'environnement. Sa « localisation » au tout début du code a pu être interprétée comme lui conférant symboliquement une portée générale, sans préjudice bien sûr des adaptations nécessaires propres à tel ou tel domaine du droit de l'environnement. Une certaine cohérence du droit de la participation du public est alors implicitement suggérée. Or, compte-tenu des nombreux dispositifs sectoriels de participation du public existants, il est à craindre que l'article L.120-1, loin de bénéficier du statut d'article « général », régresse à celui d'article « résiduel » de la participation du public, alors même qu'aucun rapport juridique n'est institué entre l'article L.120-1 et les dispositifs sectoriels, si ce n'est d'exclusion générale. La logique voudrait que l'article général (L.120-1 C.env) impose, lorsqu'il renvoie à des procédures particulières, au moins un principe d'équivalence de la procédure spécifique à l'égard de la procédure générale, principe concernant l'intensité de la participation garantie en procédure.

Enfin deux décisions ont été rendues le même jour (27 juillet 2012) selon la procédure QPC, l'une à l'initiative d'une association environnementale⁸², l'autre à celle d'une fédération

⁸² Décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, Union départementale pour la Sauvegarde de la vie ; de la Nature et de l'environnement et autres [dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public].

départementale de syndicats agricoles⁸³. L'affaire « environnementale » permet au Conseil constitutionnel de réitérer l'argumentation qu'il a auparavant appliquée au domaine des ICPE, le § 6 de sa décision présentant un intérêt particulier. En effet, il est indiqué qu'il « est loisible au législateur de définir des modalités de mise en œuvre du principe de participation qui diffèrent selon qu'elles s'appliquent aux actes réglementaires ou aux autres décisions publiques « ayant une incidence sur l'environnement ». C'est ainsi poursuivre dans la lecture littérale de l'article 7 de la Charte de l'environnement qui vise « l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », sans distinguer entre actes réglementaires et individuels, ces derniers semblant dès lors concernés par le principe de participation. C'est alors l'économie générale de l'article L.120-2 du Code de l'environnement (issu de l'article 244 Loi ENE) qui est fragilisé : certes, à la différence de l'article L.120.1 consacré aux « décisions réglementaires », il vise les « décisions des personnes publiques », catégorie infiniment plus large comme il a été signalé supra, mais dans un dispositif tendant aux plus larges dispenses de participation du public. Si le Conseil constitutionnel semble admettre des régimes différents selon qu'on a affaire à des actes réglementaires ou à des actes individuels, il me paraît exclure à priori aucune catégorie d'actes administratifs du respect de l'article 7 de la Charte.

L'affaire « agricole » aboutit, elle aussi à une censure, pour les mêmes motifs de compétence négative du Parlement. Il est à noter que les requérants avaient fait état de l'article L.120.1 du Code de l'environnement. Le moyen est écarté par le Conseil constitutionnel, en effet le texte de référence est issu d'une loi du 30 décembre 2006, modifié par la loi ENE de 2010 qui introduit précisément (art. 244) l'article L.120.1 au code de l'environnement. L'antériorité et la simultanéité des textes trouve sa solution dans le principe de non-rétroactivité de la loi.

Dans ces deux derniers cas, comme dans les autres, la déclaration d'inconstitutionnalité est reportée dans le temps, au 1^{er} janvier 2013 pour le contentieux agricole, au 1^{er} septembre 2013 pour le contentieux environnemental.

c) Une réaction administrative inspirée par l'urgence ?

Instruit par les deux premières déclarations d'inconstitutionnalité, la Direction générale de la prévention des risques du Ministère chargé de l'environnement a informé différents

⁸³ Décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère [détermination des zones de protection des aires d'alimentation des captages d'eau potable et

partenaires, par courrier du 25 juillet 2012, du dépôt prochain d'un projet de loi à purger la censure du Conseil constitutionnel.

In globo, les apports essentiels du projet de loi prévoyaient⁸⁴ :

- L'ajout d'un article L.510.1 au livre V du Code de l'environnement qui institue le principe de la participation du public en référence à l'article 7 de la Charte,
- Impose, lors de la mise à la consultation sur le site du Ministère, la présence d'une « note de présentation non technique »,
- Ne modifie en rien les détails fixés par l'article L.120.1 dont la critique a été faite supra,
- Surtout oblige, une fois la décision prise, à la publication électronique « d'une synthèse des observations du public et la façon dont il en a été tenu compte pour prendre la décision », ce qui rapproche le régime de celui de l'article 16 de la loi « simplification du droit » de 2011 et des stipulations de la Convention d'Aarhus,
- Met à l'abri la procédure envisagée de tracasseries contentieuses en indiquant que « Seules en irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vue de la consultation du public mentionnée au présent article peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ». Il y a là une reprise à l'identique du contenu de l'article 70 de la loi « simplification du droit » de 2011. (Voir également, in rapport 2011 du Conseil d'Etat, « Réexaminer les conditions du contrôle contentieux des dispositifs de concertation et de consultation », p. 125-129).

Au total, il était permis de s'interroger sur l'opportunité de ce projet de loi « sectoriel », destiné uniquement au livre V du Code de l'environnement. En effet, c'est deux jours après la signature du courrier de la Direction générale de la prévention des risques qu'étaient prononcées par le Conseil constitutionnel les déclarations d'inconstitutionnalité relatives à ce qui a été ici qualifié « d'affaire environnementale » et « d'affaire agricole ». La première met en cause l'incomplétude du livre IV du Code de l'environnement, le second celle du livre II.

À l'évidence, pour répondre aux exigences de la Charte de l'environnement d'une part, pour fonder un régime rationnel d'autre part, pour améliorer l'intelligibilité du droit enfin, ce n'est pas de colmatage que l'édifice a besoin, mais d'une fondation sûre qui impose la réécriture des articles L.120.1 et L.120.2 qui exprimeraient les principes directeurs minimum de la participation du public, quitte à introduire ultérieurement les adaptations sectorielles nécessaires. Tel est sans doute le sens du propos de la lettre du 25 juillet qui

principe de participation du public].

⁸⁴ Un décret en Conseil d'Etat devra préciser les modalités d'application du texte législatif promulgué.

indique : « Une réflexion plus large sur la participation du public aux décisions relatives à l'environnement a vocation à prendre place dans le cadre de la Conférence environnementale après l'été ».

C'est sans doute une des raisons pour laquelle il a été renoncé sans tarder à l'approche sectorielle initialement envisagée à travers les options qui figurent au projet de loi déposé sur le bureau du Sénat le 3 octobre 2012, en procédure accélérée. (Cf. L'analyse du texte et les propositions du groupe de recherche à l'occasion de la consultation du public).

D. Le rapport public 2011 du Conseil d'État

Le Conseil d'Etat a consacré son rapport public [le « Rapport »] pour 2011 à un thème qui recoupe largement l'objet de la présente recherche, contribuant par là-même à valider son opportunité. L'intitulé du rapport est le suivant : « Consulter autrement – Participer effectivement⁸⁵ ». C'est dire que l'objet du Rapport est double : il s'agit d'une part d'examiner à nouveaux frais le fonctionnement de l'administration consultative telle qu'elle existe depuis plusieurs dizaines d'années, et d'autre part d'interroger l'effectivité des procédures de participation qui permettent au public de s'exprimer directement, sans la médiation des représentants qui caractérise l'administration consultative. Le champ d'étude retenu par le Conseil d'Etat excède donc celui de la présente recherche, l'option générale exprimée par la Section du rapport et des études favorable au développement de la participation du public (cf. infra) s'expliquant par une critique parfois rude du rôle des organes (Conseils, Commissions, Comités) de l'administration consultative classique.

Il est à relever que la décision même de dédier un rapport public à ce thème est l'indice qu'il est à l'agenda du Conseil d'Etat en qualité de conseil du gouvernement. L'intérêt manifesté par la Haute Assemblée est confirmé, si besoin était, par la série de séminaires organisée en 2011 et par le colloque tenu à l'ENA le 20 janvier 2012, qui reprend l'intitulé du Rapport.

L'analyse qui suit résulte d'une lecture exhaustive et attentive du Rapport, au prisme de la problématique de la recherche, dont on rappelle qu'elle se borne à envisager la participation du public au stade de l'élaboration des textes de portée générale dans le domaine de l'environnement. La densité du Rapport interdit la présentation d'un résumé respectueux

⁸⁵ Rédigé par M. Jacky Richard. Conseil d'Etat, Rapport public 2011. Consulter autrement, participer effectivement, La documentation française, Etudes et documents, n° 62, 226 p., 2011.

de la totalité de ses apports. A l'exposition de sa présentation formelle dans un premier temps, feront suite des discussions à propos des réflexions et propositions pertinentes dans le cadre de la recherche.

I. Présentation formelle du Rapport

Trois parties constituent l'ossature du travail. Ce sont essentiellement les limites de l'administration consultative qui font l'objet de la première partie, les définitions de « principes directeurs » susceptibles de fonder les formes contemporaines de participation du public sont traités en deuxième partie, tandis que la troisième de caractère prospectif, esquisse les formes que pourrait prendre une « administration délibérative ».

Suite au Rapport proprement dit, sont jointes différentes annexes, de natures diverses, ainsi que des contributions doctrinales. Ces dernières rendent compte de deux expériences étrangères (Brésil et Allemagne), on relève enfin deux articles dus aux professeurs Jean-Bernard Auby (« Quelques observations sur l'administration délibérative ») et Jacques Chevallier (« Délibération et participation »). Avant les annexes, le Rapport énumère un « Récapitulatif des mesures proposées » qui a été reproduit par une note synthétique intitulée « Principales propositions du Rapport public 2011 – Consulter autrement, participer effectivement du Conseil d'Etat (Cf. Tome 2, annexe 1.3).

II. Contenu du Rapport en lien avec la recherche

Le Rapport n'a pas pour objet privilégié la participation du public à l'élaboration des actes réglementaires dans le champ de l'environnement, mais vise l'intégralité des domaines où les politiques publiques, dans leur diversité, nécessitent l'adoption d'actes réglementaires. Il est en outre très fortement inspiré par une critique appuyée portant sur les limites de l'administration consultative, tant quantitative (on s'interroge sur la persistance, malgré des efforts législatifs, du nombre élevé de conseils, commissions, comités...) que qualitative (c'est alors la pertinence des avis émis qui est mise en doute⁸⁶).

⁸⁶ Des doutes sur le rôle de l'administration consultative sont perceptibles à la lecture de Lucien Sfez sur le thème de la « représentation » (notamment « L'enfer et le paradis critique de la théologie politique », PUF 1988 ; pour une hypothèse de « notabilisation » des représentants d'intérêts par extension de la définition du notable par

Après avoir systématisé, pour insister sur leurs différences, les catégories de l'information, de la demande d'avis, de la concertation (en notant que celle-ci est la plus indéterminée dans son contenu actuellement) et de négociation (cf. Rapport p. 27), le Rapport insiste sur l'effet d'accélération, d'urgence dans la « mise à l'agenda » du thème de la participation consécutif à la montée en puissance de principe du développement durable. Sont expressément citées « Les influences nées des exigences du développement durable et en particulier du droit de l'environnement » (Rapport p. 53). Un éloge très appuyé de la Convention d'Aarhus figure page 54, où l'article 8 est reproduit dans son intégralité. Pour autant, à aucun moment le Rapport n'établit de distinction entre la participation qu'il promeut en qualité de réforme générale de la procédure administrative non contentieuse interne, et la participation en matière d'environnement qui résulte de la satisfaction nécessaire des obligations internationales de la France (Convention d'Aarhus).

Le Rapport ne manque pas d'inscrire sa réflexion dans un courant général favorable à la mise en œuvre du principe de participation : référence est ainsi faite à la jurisprudence pertinente de la CEDH, et il est indiqué « qu'il est possible d'affirmer qu'elle [la participation] a été plus facilement admise au niveau communautaire qu'au niveau des Etats-membres » (voir aussi Rapport p. 74).

L'importance du Grenelle de l'environnement est mentionnée, mais surtout la portée potentielle de l'article 7 de la Charte constitutionnelle de l'environnement. Il est également noté que le règlement de l'Assemblée nationale permet au public de commenter (sur le site de l'Assemblée parlementaire) les études d'impact législatives, mais que les contributions ne sont pas rendues publiques et uniquement transmises au rapporteur du texte en cause.

Fait suite une analyse des imperfections des participations réellement existantes par rapport à leurs promesses. Sont alors évoqués les obstacles tenant au caractère parcellaire de la participation selon des critères sociologiques, à des phénomènes de représentativité douteuse, aux conflits prévalant entre parole experte et parole profane, à la persistance d'un soupçon d'instrumentalisation dans le public, à des réactions de réticence (sinon d'hostilité)

des élus⁸⁷, à la faible incidence des procédures de participation sur la prise de décision proprement dite. Plusieurs de ces éléments devront être examinés de près ici, notamment ceux touchant au « soupçon » et aux « incidences » sur la décision, tant ils semblent en lien direct.

Enfin, « l'importante réforme normative » introduite par l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 sur la simplification et l'amélioration de la qualité du droit (dite « Warsmann » est particulièrement mise en relief, au point de qualifier l'article 16 de « mesure ambitieuse⁸⁸ »).

L'intérêt de la deuxième partie tient tout d'abord en l'énoncé d'une batterie de « principes directeurs » qui devraient guider les procédures juridiques de participation du public.

a) Il convient de garantir l'accessibilité des informations. Ce principe a le mérite de rappeler les caractères distincts mais complémentaires des droits à l'information (qui ne devrait jamais être asymétrique) et à la participation. Réserve est faite des « secrets protégés », à propos desquels il est utile de signaler que la jurisprudence de l'Union européenne, bien que non unifiée totalement entre le TPI et la Cour, semble faire prévaloir en matière d'environnement un principe d'interprétation étroite des secrets protégés.

b) Il faut organiser la mise en ordre des contributions du public et « favoriser » leur publicité. Le Rapport est ici très prudent, n'entrant pas dans le détail des procédures qui permettraient une participation approfondie (consultation par chaque participant des contributions des autres participants, nécessité d'un accusé de réception) et ne faisant nullement de la publicité des contributions une obligation (« favoriser »). La louange prononcée à propos du système de l'Union européenne ne va donc pas jusqu'à en reprendre l'intégralité des dispositifs.

c) Il est nécessaire de garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la concertation, ce qui peut conduire, le cas échéant, à confier la mise en œuvre de la procédure à un « tiers garant », qui peut être une autorité administrative indépendante si elle existe dans le champ matériel du projet mis en consultation. On pourrait ici discuter la redondance de l'impartialité et de la loyauté, en se fondant sur les apports de Pierre Rosanvallon qui établit

⁸⁷ Réactions qui sont peut-être bien partagées par les représentants d'intérêts siégeant dans les organes de l'administration consultative.

⁸⁸ Est également visé l'article 70 de la loi, qui tend à définir restrictivement les motifs d'annulation pour vice de forme ou de procédure d'un acte adopté consécutivement à une procédure de participation ou de consultation du public.

nettement la distinction entre indépendance (conçue comme non dépendance à l'égard d'organes institués quels qu'ils soient) et impartialité qui peut être rapprochée de la qualité de « fermeté d'esprit », précisément constitutive de la loyauté envisagée de manière négative en tant que posture d'autonomie radicale, qui ne peut être conférée et garantie en tant que statut, mais exige des « épreuves » successives et permanentes. Il reste cependant que le principe-directeur exprime l'idée que l'organisation de la consultation ne peut pas être confiée à une partie ayant un intérêt quelconque dans le projet, y compris l'administration en cause, à raison des évolutions (des altérations pour certains...) qui marquent le procès d'énonciation performative du contenu de l'intérêt général. L'hypothèse consistant à remettre à une AAI la conduite d'une consultation est particulièrement bien adaptée au champ de l'environnement du fait de l'existence de la Commission nationale du débat public. Cette solution a pu être proposée par la doctrine⁸⁹.

d) Il faudra veiller à assurer des délais raisonnables pour permettre aux citoyens ou aux organes représentatifs de se livrer à une participation intelligente. Aucun quantum n'est précisé par le Rapport, ce qui peut être regardé comme normal au stade de l'expression de principes directeurs. Mais alors que la durée minimale possible introduite par l'article 244 de la loi ENE (quinze jours) a été critiquée précisément à raison de sa brièveté⁹⁰, on observe que l'article 16 de la loi simplification/qualité, fortement salué par le Rapport, emporte la même disposition de durée minimale possible de 15 jours, à la vérité fort brève sinon expéditive.

e) Un soin particulier doit être apporté à la composition des organismes extérieurs à l'administration consultés. Le Rapport préconise de « n'oublier personne », tout en s'assurant que les « grands équilibres fondés sur les règles de représentativité sont globalement respectés ». Le caractère potentiellement et nécessairement contradictoire de la proposition est patent, d'une certaine manière le Rapport s'inspire de la communication 2000-1 de la Commission de l'UE sur le principe de précaution qui insiste sur le fait que ce n'est pas parce que des parties prenantes défendent un point de vue minoritaire que celui-ci n'a pas à être pris en considération. La phrase clé du passage (p. 88) est la suivante : « En la matière, permettre de recueillir l'avis de tous ceux qui acceptent les règles et la déontologie du dialogue est préférable à la mise en œuvre des règles strictement homothétique de l'audience effective ».

⁸⁹ Gérard Monédiaire, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une loi Grenelle 3 ? » in « Présentation de la loi portant engagement national pour l'environnement (Grenelle 2), RJE n° spécial 2010, p. 223.

⁹⁰ Article précité immédiatement supra.

f) Enfin, il conviendrait de « donner des informations sur les suites projetées », à l'issue de la phase de participation. Le Rapport note que « ce point est capital », et fait référence pour illustration à la réforme de la procédure du débat public introduite par la loi Grenelle 2 (ancien L.121-13-1 Code env.) qui, en lien avec le contenu de l'article L.121-13 Code de l'environnement, impose au maître d'ouvrage ou à la personne publique responsable du projet de préciser dans les trois mois comptés à partir de la fin du débat, les « principe et les conditions de la poursuite du projet » ainsi qu'éventuellement « les principales modifications apportées au projet » et « les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire du débat public ». Ce document est transmis à la CNDP qui peut formuler des avis et recommandations, ainsi que nommer un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des modalités d'information et de participation jusqu'à l'enquête publique. Le document est par ailleurs publié.

Cette modification de la phase post-débat public est bienvenue, quoique sans doute insuffisante pour mettre fin au climat de « défiance » du public à l'égard du soupçon d'instrumentalisation possible des procédures de participation dès lors que l'influence de la participation sur la décision n'est pas en quelque sorte actée, rendue visible. Sans doute la loi ENE tisse-t-elle un fil fragile entre les apports du débat et le contenu de la décision, opportune en particulier dans le champ de compétence de la CNDP qui, globalement est celle des projets et travaux d'aménagement et d'équipement. Elle semble mal adaptée en ce qui concerne les projets de textes réglementaires, auxquels, comme il a été suggéré par la doctrine⁹¹, la pure et simple obligation de motivation de l'acte général conviendrait mieux. Il ne s'agirait guère ici que de s'inspirer des règles qui pèsent sur la législation dérivée de l'Union européenne en matière de motivation depuis le Traité de Rome de 1957.

Quant à la troisième partie du Rapport, elle focalise la réflexion sur les aspects organiques à travers l'intitulé « Vers l'administration délibérative ». Ne sont toujours isolés ici que les aspects qui rencontrent directement l'objet de la recherche.

Après avoir placé la réflexion sous un rappel qui résume parfaitement les données du problème (« ce qui est délibératif c'est la procédure et non la décision »), le Rapport attire l'attention sur plusieurs points cruciaux, qui excèdent le strict champ de l'organisation des pouvoirs publics.

⁹¹ Gérard Monédiaire, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in Pour un droit commun, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Dalloz, 2007, p. 607.

1) En premier lieu (p. 95), il est indiqué que le fonctionnement même de l'administration délibérative exige des moyens humains et techniques à la hauteur des objectifs « d'efficacité de la concertation et de la participation du public ». Outre le fait que la mise en œuvre de ces moyens a nécessairement des implications financières qui devraient rester modestes, il est possible de penser que les moyens humains requis nécessiteraient une formation adéquate, qui pourrait être dispensée à travers le diplôme interuniversitaire proposé par la présente recherche (cf. infra).

2) Le Rapport affirme nettement (p. 96) que « l'obligation de rendre compte aux participants de l'utilisation qui est faite des apports de la participation est une caractéristique centrale du dispositif délibératif. Le compromis ne peut se bâtir que grâce à cette exigence itérative ». Une telle assertion est particulièrement bienvenue, mais elle doit être mise en miroir avec le caractère assez pondéré des propositions formulées par le Rapport dans sa deuxième partie, ce qui conduit à mettre l'accent sur la nécessité de s'inspirer du système de l'Union européenne plus encore que ne le fait déjà le texte, incluant comme il a déjà été dit l'obligation de la motivation s'agissant des textes réglementaires⁹² dans la perspective de l'institutionnalisation d'un rapport de confiance administration/citoyen au moyen du respect des obligations redditionnelles.

3) Une nette préférence (p. 106) est exprimée pour l'invention d'un système de soft law, au besoin par expérimentation et diffusion des bonnes pratiques, plutôt que la mise en place d'un dispositif normatif du type droits/obligations. Cette position est homothétique à celle de l'Union européenne, elle peut représenter une étape nécessaire. Mais elle est contradictoire avec le caractère évidemment normatif (mais il est vrai totalement facultatif) de l'article 16 de la loi de 2011 simplification et qualité du droit, surtout il n'est pas certain qu'un dispositif non opposable satisfasse dans le domaine de l'environnement aux obligations internationales de la République à l'égard de l'article 8 de la Convention d'Aarhus, encore que, comme il a été noté supra, l'article en cause soit très éloigné du caractère « self executing ».

⁹² Le Rapport fait référence aux travaux de Jürgen Habermas sur la démocratie délibérative ; la prise en considération de ceux de Pierre Rosanvallon relatifs à la légitimité de proximité est également souhaitable (« chacun veut être sûr d'avoir été entendu, de voir son problème reconnu, de compter pour quelque chose », in «La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité », Points-Seuil 2008, p. 291.

4) L'idée d'une loi-code (p. 108) relative aux principes de l'administration délibérative, qui ne serait pas à droit constant, est fortement suggérée. Il y a là un début de réception du système juridique des Etats-Unis d'Amérique en s'engageant dans la voie de l'élaboration d'un « Code de la procédure administrative non contentieuse ». Même en demeurant au niveau des « principes », il est possible de penser qu'un traitement spécifique devrait être réservé au bénéfice du domaine de l'environnement, ne serait-ce qu'à raison de l'existence de la Convention d'Aarhus, signée et ratifiée par la France.

5) Le Rapport suggère d'amplifier le recours aux études d'impact (p. 110) dans le cadre des consultations du public, ce qui est très opportun. S'agissant de l'information du public, référence est faite à la loi organique du 15 avril 2009 en matière d'étude d'impact des projets de loi, les rédacteurs proposant d'étendre le système aux « projets de décrets du pouvoir réglementaire autonome ⁹³ ». Un point important doit être souligné : le Rapport souhaite que les études d'impact soient réalisées par d'autres que les services ministériels concernés. De manière générale, il est désiré que « Concertation, études d'impact et consultations ne [soient] plus considérées comme des processus séparés mais [soient] articulées de manière cohérente et anticipée », ce qui est particulièrement bienvenu.

6) Plusieurs remarques et propositions sont encore formulées à propos du régime souhaitable de la participation. Ainsi, il conviendrait d'exploiter toutes les potentialités offertes par l'internet (cf. supra, seul moment où l'article L.120-1 Code env. est mentionné, en omettant l'article L.914-3 code rural et de la pêche maritime), mais sans aborder dans le détail les modalités possibles et les difficultés à surmonter. Là encore, la pratique de l'UE à propos du point d'accès unique devrait être examinée de près. Comme il a été dit une forte insistance est portée sur l'article 16 de la loi de 2011 (« mesure ambitieuse (...) novatrice et prometteuse »). On sait que le décret d'application de l'article 16 a été publié sans tarder (décembre 2011), le Rapport souhaitant la mise au point d'une circulaire d'application émanant du Secrétariat général du Gouvernement. Il est difficile de ne pas ressentir ici un sentiment de rupture d'égalité entre le traitement réservé à l'initiative de la loi simplification et celui touchant celle de la loi ENE. Dans le cas de l'article 244, il semble acquis que le Conseil d'Etat n'a pas estimé nécessaire la publication d'un décret d'application, et c'est en vain qu'on chercherait à défaut une circulaire d'application publiée sur le site du

⁹³ Ainsi «qu'aux projets de directives et règlements européens» : en réalité, ceux-ci sont presque systématiquement mis à la consultation dans le cadre du système de l'U.E (site Yourvoice).

gouvernement. Par ailleurs, le Rapport semble à nouveau considérer que des informations données au public sur les suites à donner à une opération ayant nécessité une consultation suffisent à satisfaire l'exigence du principe des « obligations redditionnelles », ce qui a déjà été mis en doute ici, notamment s'agissant de projets de règlements. Une forte insistance est mise à nouveau sur la nécessité du tiers garant pour la régulation de la concertation d'amont et l'hypothèse est mentionnée d'étendre la compétence de la CNDP, autorité administrative indépendante existante. Un doute peut être émis si cette extension de compétence envisagée devait faire de la CNDP une AAI absolument généraliste, par abandon de ce qui a été au principe de son institutionnalisation, à savoir la protection de l'environnement, qui a elle-même contribué à la sédimentation d'un capital d'expériences singulières. Engager la CNDP en qualité de garant à propos de consultations sur des projets de modifications de statut de la fonction publique par exemple défigurerait l'institution, en revanche lui reconnaître une compétence, tirée du principe d'intégration, pour tous les projets réglementaires touchant à un titre ou à un autre le domaine de la protection de l'environnement, qu'ils relèvent du Ministre chargé de l'environnement, de l'énergie, de l'agriculture, etc... est souhaitable. Le Rapport attire aussi l'attention sur les hypothèses où interviennent des organismes privés ayant compétence pour adopter des actes ayant « un caractère réglementaire », ce qui est de plus en plus fréquent actuellement. Dans ces cas, le Rapport est d'avis que ces organismes privés devraient être soumis aux mêmes obligations procédurales que les pouvoirs publics en termes de participation du public.

7) Enfin, et ce point est extrêmement important, le Rapport exprime l'idée (p. 125) que « l'ensemble de la procédure (de participation du public) serait placé sous le contrôle du juge ». C'est indiquer que la procédure même de participation du public ferait naître des droits dans le chef du public, qui pourrait se prévaloir de leur violation devant le juge administratif. Nous sommes ici aux antipodes du régime de l'article L.300-2 Code de l'urbanisme, et il est possible d'imaginer un motif d'annulation de l'acte pour inexistance, altération ou insuffisance de la consultation du public. Cependant le Rapport vise simultanément une réorientation de la jurisprudence administrative relative aux annulations pour vice de forme ou de procédure. Tel est le sens de l'article 70 de la loi dite Warsmann, qui réserve le prétoire aux allégations « d'irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise ». Cette disposition s'applique tant aux avis de l'administration consultative classique qu'à la procédure de l'article 16 de la loi. Si le souci d'éviter l'apparition d'un contentieux purement formel sinon tracassier est tout à fait compréhensible, l'objectif ne peut

ainsi être poursuivi qu'au moyen d'une formule très générale, renvoyant à la jurisprudence future le soin d'en dessiner les contours et la substance.

CONCLUSION

L'article 244 a très peu retenu l'attention de la doctrine juridique, alors que les commentaires de la loi ENE se sont multipliés. Y-a-t-elle vu à bon droit une sorte de non-événement juridique ? On veut croire que non, tant peu de chose, en autorisant une critique constructive, vaut mieux que rien. Mais à l'issue de l'analyse, quelques constats s'imposent.

Fondamentalement il semble bien que le législateur ait fait son miel de la notion de « limites » qui figure au seul article 7 de la Charte de l'environnement pour définir le cadre du pouvoir législatif alors que les articles 3 (principe de prévention) et 4 (principe de réparation) se bornent à lui renvoyer le soin de fixer les « conditions », mais pas les « limites » de la mise en œuvre de la Constitution. Peut-être comprend-on mieux ainsi les raisons qui l'ont conduit à se référer à la Charte, et point à la Convention d'Aarhus, afin de dessiner un champ d'application et un régime de la participation du public à l'élaboration des actes réglementaires tout entier marqués par la circonspection.

L'introduction de l'article 244 dans la loi ENE semble s'être réalisée « par raccroc », avec une rédaction lourde d'équivoques et d'incertitudes, assortie d'une mise en œuvre chaotique, erratique, aléatoire et peut-être arbitraire par l'administration abandonnée à elle-même. Toutes les conditions de l'apparition d'un contentieux nouveau dont on aurait pu faire l'économie sont ainsi réunies, dans un climat de précarité sinon d'incohérence. L'interrogation suggérant l'existence d'une circulaire relative à la mise en œuvre des dispositions nouvelles ne trouve pas de réponse : si une telle mesure d'ordre intérieur existe, elle n'a pas été publiée au Journal officiel. Le bruit court avec insistance que le décret d'application expressément prévu par le dernier alinéa de l'article L.120-1 pourrait ne jamais voir le jour : il apparaît pourtant indispensable pour une mise en œuvre rationnelle du système, même s'il doit décevoir sur le fond les défenseurs de la participation du public. A la vérité, compte tenu de l'incomplétude du dispositif, c'est peut-être bien une loi modificative qui sera inéluctable pour purger les insuffisances juridiques d'une loi à l'écriture hâtive.

L'expression de deux regrets permettra de conclure, le premier prenant la forme d'une proposition, dont la portée est immédiatement tempérée par une réflexion chagrine.

Il est ainsi dommage qu'à aucun moment l'hypothèse n'ait été envisagée de confier à titre de compétence supplémentaire à la Commission nationale du débat public l'organisation des participations du public à l'élaboration des actes réglementaires. L'expérience aujourd'hui détenue par cette autorité administrative indépendante aurait pu, à raison de son statut extérieur par rapport à l'administration de gestion et de direction, contribuer à faire naître (ou à réanimer) un climat de confiance entre société politique et société civile. Car là réside bien le problème de fond. Et il est inquiétant que le droit nouveau apparaisse, compte tenu de ses limites substantielles, tout à fait impuissant à réduire le phénomène de perte de confiance générale des citoyens à l'égard des institutions (« confiance » dont l'Union européenne se soucie particulièrement dans le cadre de ses réflexions sur la gouvernance), en évitant soigneusement la procéduralisation de tout dialogue sincère entre société politique et société civile, qui, faut-il le rappeler, ne signifie en démocratie participative bien entendue jamais dépossession *in fine* des organes légaux de leur compétence normative. La phrase de l'abbé Sieyès, prononcée en qualité d'éducateur de Bonaparte qui sut l'enregistrer était déjà suspecte aux yeux des démocrates : « Le pouvoir vient d'en haut, et la confiance d'en bas »⁹⁴. Les gestionnaires contemporains de la chose publique donnent le sentiment que la mémorisation complète du conseil était hors de leur portée, et qu'ils n'en ont retenu que l'entame : « Le pouvoir vient d'en haut » (*i.e* : la confiance est superflue).

⁹⁴ Rapporté par Pierre Legendre in « Miroir d'une nation : l'École nationale d'administration » in Arte Editions, Editions 1001 nuits, 1999.

BIBLIOGRAPHIE

- Badouard Romain, Voies et impasses de la e-participation à l'échelle européenne. Une analyse comparée de la consultation européenne des citoyens 2009 et des consultations en ligne de la Commission », Journées doctorales du GIS Participation du public, décision, démocratie participative, 27/28 novembre 2010.
- Bétaille Julien, Le droit français de la participation du public face à la Convention d'Aarhus, AJDA, 8 novembre 2010.
- Cattier Rachel « Clarification du régime des ressources naturelles », La Gazette, 2 avril 2012, p. 54.

Communication de la Commission :

- Action plan to improve communicating Europe by the Commission; 20 juillet 2005, SEC 52005° 985 final;
- Exploiter les réalisations du plan D comme Démocratie, Dialogue et Débat, 2 avril 2008, COM (2008) 158 final.
- Le plan D comme Démocratie, Dialogue et Débat, 13 octobre 2005 COM (2005) 494 final ;
- Suivi du livre vert - Initiative européenne en matière de transparence, 21 mars 2007, SEC (2007) 360 ;
- Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue. Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées, 11 déc. 2002, COM (2002) 704 final ;
- Conseil d'Etat, Rapport public 2011 – Consulter autrement, participer effectivement, la Documentation française.
- Conseil d'Etat, Le rapport public de 2010 - Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, la Documentation française.
- Conseil économique, social et environnemental, Pour une participation active de la société civile aux consultations publiques européennes, 2009, communication présentée par Mme Evelyne Pichenot.
- Convention d'Aarhus : Guide d'application, ECE/CEP/72, 2000.
- Gatet Antoine, Convention internationale d'Aarhus. Les limites du « rapportage français», droit de l'environnement, décembre 2010.
- Convention d'Aarhus, Revue juridique de l'environnement, n° spécial, 1999.

- Legendre Pierre in Miroir d'une nation : l'Ecole nationale d'administration in Arte Editions, Editions 1001 nuits, 1999.
- Léost Raymond, Une nouvelle lecture du droit de participation du public, Droit de l'environnement, octobre 2011, n° 1940.
- Madiot Yves, La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'Homme, in Pouvoir-études offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant-Bruxelles, 1998.
- Monédiaire Gérard, A propos de la décision publique en matière d'environnement, in Les transformations de la régulation juridique (s/d J. Clam et G. Martin), Droit et société, LGDJ, 1998.
- Monédiaire Gérard, Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement » in Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Dalloz 2007.
- Monédiaire Gérard, La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une loi Grenelle 3 ? in Présentation de la loi portant engagement national pour l'environnement (Grenelle 2), RJE n° spécial 2010.
- Prieur Michel, Doumbé-Billé Stéphane, Monédiaire Gérard, Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et de participation préalable à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement, recherche pour le Ministère de l'environnement, CRIDEAU, 1994.
- Roger-Lacan Cyril, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur public, Participation et information du public : la définition par étapes de la portée de l'article 7 de la Charte de l'environnement, BDEI n° 36-novembre 2011.
- Rosanvallon Pierre, La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité, Points-Seuil 2008.
- Sebag Gaspard, La commission étend à 12 semaines les consultations publiques, Europolitique environnement, n° 826, 20 janvier 2012.
- Sfez Lucien, L'enfer et le paradis critique de la théologie politique, PUF 1988.

CHAPITRE 3 : LE DROIT DES AUTRES. LA RÉCEPTION DE L'ARTICLE 244 PAR LES CITOYENS ET LES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Par Sandrine Rui, Maître de conférences en sociologie à l'Université de Bordeaux

Et Fabien Reix, sociologue et chercheur à l'Université Bordeaux Segalen

L'un des volets de la recherche consistait à s'interroger sur les conditions d'appropriation de l'article 244 par les citoyens et les acteurs de la société civile. Comment ce nouveau droit était-il reçu par les différents publics ? Dans quelle mesure notamment était-il perçu comme une ressource par les élus, les représentants des corps constitués, les groupes d'intérêt et par les citoyens ?

Une cinquantaine d'entretiens individuels a été réalisée à Bordeaux et à Paris, auprès d'acteurs des mondes associatifs, socio-économique, politique, ayant en commun d'être concernés par des enjeux environnementaux. Ont également été menés des entretiens collectifs avec une douzaine de citoyens : nous avons choisi des citoyens particulièrement concernés et intéressés à la participation, membres en l'occurrence de Conseils de développement durable, ou ayant pris part à des dispositifs Agenda 21, sur l'agglomération bordelaise. C'est un parti pris qui s'est imposé dès lors qu'interroger des citoyens sans expérience en matière de participation et caractérisés par une méconnaissance du contexte et des opportunités participatives revenait à leur poser des questions qu'ils ne se posaient pas, donc sans objet. La démarche retenue, résolument qualitative, a ici le mérite de solliciter des citoyens qui ont une expérience et une culture de la participation qui favorise la réflexion et la réflexivité.⁹⁵

De façon générale, il faut insister sur une appréciation relativement convergente de l'article 244 tant dans sa dimension symbolique que dans sa dimension matérielle de la part des acteurs rencontrés qui rejoignent d'ailleurs l'analyse des chercheurs et des experts sur bien des points. Sans culture juridique forte, les gens savent assez bien lire les textes lorsqu'on leur donne l'opportunité de le faire. En revanche, des spécificités apparaissent dans la perception des usages qui pourront être faits de l'article 244.

⁹⁵ Pour plus de détails relatifs à la méthodologie, se reporter au tome 2, annexe 1.4.

Avant d'être une ressource, le nouveau droit participatif que constitue l'article 244 est d'abord un problème. Nous verrons ainsi que l'appréciation de sa dimension symbolique est ambivalente (A) et qu'un scepticisme critique domine aussi à l'égard de sa dimension matérielle (B). Cette double appréciation amenant à interroger au final la question de la cible du texte et de l'existence même d'une demande sociale en la matière : qui tirera profit de ce droit supplémentaire au juste ?

IV. Où est le piège ? Appréciations de la dimension symbolique de l'article 244

Parce qu'il se propose comme une extension du domaine de la participation, l'idéal social et politique proclamé par l'article 244 apparaît peu contestable à la grande majorité des personnes interrogées. Certaines hésitent d'ailleurs à critiquer le texte, dès lors que d'un point de vue normatif, il relève d'un mouvement général où, désormais, « *tout est vert et tout est concerté.* » (Elu)⁹⁶ La représentante d'une association de défense de l'environnement assure ainsi que « *la participation c'est un principe louable même si moi je suis assez mesurée là-dessus. Mais le texte correspond bien à un message qui est porté par la fédération nationale.* » Suivie par d'autres associatifs environnementalistes qui estiment que le texte « *est un semblant de transposition de la convention d'Aarhus. Mais cela va bien dans le sens d'un renforcement de la participation du public, donc on ne va pas faire la fine bouche. Ce n'est pas négatif.* » Tout comme ce citoyen, membre d'un conseil de développement durable, qui juge qu' : « *Il est très difficile de dire non au principe de la consultation puisque par ailleurs on prône la participation et qu'on ne cesse de parler de démocratie participative.* »

A. Méfiance absolue

Aussi, rares sont ceux qui découvrant l'article 244 s'alarment et disent leur hostilité. Quand ils le font, on notera que c'est pour des motifs radicalement opposés. D'un côté, des acteurs attachés à la démocratie de la légitimité électorale (Rosanvallon, 2006) voient dans le texte « *une négation de la démocratie alors que la démocratie c'est d'élire des députés. Il*

⁹⁶ Comme convenu en préalable avec les personnes interviewées, les extraits d'entretiens sont anonymes. Les indications entre parenthèses permettent cependant de distinguer les grands types d'acteurs interrogés parmi les catégories suivantes qui reprennent en partie les différents collèges du Grenelle de l'environnement : « Services de l'Etat », « Elus », « Organisations Non Gouvernementales (ONG) », « Organisations patronales, syndicales et professionnelles » auxquelles nous avons ajouté une catégorie « Citoyens » pour désigner les citoyens « particulièrement concernés » que nous avons rencontrés dans le cadre des entretiens collectifs. Voir pour plus de précision, la note méthodologique (Tome 2, annexe 1.4).

vaudrait mieux consolider le système de représentation plutôt que de se disperser dans ce genre de chose », dit ce représentant du monde agricole. Le même regrette que le développement de la participation s'accompagne d'un dévoiement des critères de représentativité. « Dans le Grenelle, nous les agriculteurs étions représentés. Mais notre sentiment c'est que dans la démocratie participative, que l'on soit l'association Perlimpinpin avec dix militants ou une organisation syndicale avec plusieurs centaines de milliers d'adhérents, il y a dans les deux cas une personne autour de la table. C'est n'importe quoi ! C'est un manque de respect énorme par rapport aux enjeux que nous représentons. C'est une offense. On y est allé car les absents ont toujours tort et que cela pouvait nous être reprochés. »

Ce positionnement est ici d'autant plus vivement exprimé que ce représentant du monde agricole estime que « *le choix est bien de faire de l'environnement contre les acteurs* », et en l'occurrence contre les agriculteurs. L'hostilité à l'égard de l'extension de la participation tient aussi à l'idée qu'il est « *démagogique* » de faire « *comme si les citoyens étaient tous des experts.* » « *Un texte réglementaire c'est compliqué, dit le chargé de mission d'une association professionnelle. Moi qui passe mon temps plongé dans le Code de l'environnement, je sais le travail que cela demande. Saisir la portée d'un texte réglementaire ce n'est pas évident.* » (Organisation professionnelle). Mettre autour d'une table « *des gens qui n'ont pas une connaissance suffisante pour traiter des sujets est ridicule, insiste ce représentant agricole. Se prononcer sur des choix techniques – pas d'OGM, pas de ci, pas de là, - par des gens qui n'y connaissent rien, non. C'est comme si moi j'allais réciter le Coran dans une mosquée ou traiter les malades en ville sans être toubib. On peut avoir des idées sur tout, mais on ne peut pas mettre les idées de tout le monde au même niveau que celles des professionnels. Il faut de l'expertise, de la compétence et de la représentativité.* » (Organisation professionnelle)

De l'autre côté, la critique radicale est portée par des acteurs qui voient dans l'offre de participation une nouvelle ruse de ce même système représentatif. C'est le cas de cet élu des Verts, issu du milieu associatif et faucheur volontaire qui tout en rappelant qu'« *on ne doit pas se servir de la démocratie participative pour foutre en l'air les associations* » insiste sur l'importance des actions « *politiques* » - au sens ici de contestataires - quand les formes de participation conventionnelles semblent vaines. Le conflit et les mobilisations collectives

restent pour ces interlocuteurs les modes véritablement efficaces quand il s'agit de peser sur les processus législatifs et décisionnels.

« Sur les gaz de schistes, il n'y avait aucune procédure de concertation. Ils ont signé les permis. Il y a eu des mobilisations qui ont fait tache d'huile partout en France, avec des manif, etc. Résultat : le gouvernement a fait marche arrière toute et sans la moindre instance de concertation. Voilà, une illustration parfaite. FNE, WWF et tout ça, ils auraient certainement été très preneurs d'une grande concertation officielle au ministère avec la ministre, mais le peuple ne les a pas attendus! » (Elu)

Le représentant d'une ONG anti-nucléaire tranche quant à lui sans ambiguïté : *« il n'y a absolument aucun besoin d'entrer dans le processus de concertation. Il n'y a donc pas d'attente sur un texte de ce genre. »* Plus encore, sur le mode du « participation, piège à cons », il voit dans l'article 244 une illustration supplémentaire du grand jeu de dupes que constitue l'arsenal législatif en matière de débat public, de concertation et de participation. Son credo : mieux vaut ne pas entrer en concertation pour ne pas prendre le risque de la compromission.

« Le Grenelle de l'environnement, on a refusé d'y participer. Bon, on nous accuse d'avoir une position de principe où on refuse systématiquement de participer aux concertations mais ce n'est pas vrai. On constatait que tant pour les débats publics sur les réacteurs nucléaires, sur les déchets radioactifs, que pour le Grenelle, tout était plié avant. C'est se moquer du monde ! Donc, notre position était le boycott. On allait devant les étapes du débat public pour manifester, dénoncer cette parodie de démocratie. Cette ligne que certains vont percevoir comme radicale, moi, je la trouve cohérente. Je suis favorable à l'idée de concertation dans l'absolu mais dans les faits, ce sont des outils à disposition de ceux qui veulent imposer les projets. Le processus même de concertation est un instrument pour faire avaler la pilule. » (ONG)

Aussi au vu de l'article 244, l'élu faucheur volontaire s'émeut-il : *« je déconseille aux associations de se servir de ce texte ! »*. Il est rejoint par ce militant associatif qui en écho insiste : *« Pour moi, ce texte c'est : méfiance absolue ! Ça ressemble plus à un danger qu'à un point positif. Je dis ça d'expérience. D'expérience, ça ne peut être qu'une tentative de donner plus de chances au projet d'aboutir. Cette procédure peut même se retourner contre*

les gens en disant : 'Il y avait une procédure et vous n'avez pas participé à ce moment-là!'. Ça peut servir de piège comme. »

Ces postures, si elles sont rarement exprimées de façon aussi radicale, ne doivent pas être négligées car si le mouvement d'élargissement de la participation est réel, il génère à ses bords des contre-mouvements et des espaces publics oppositionnels (Negt, 2007) tout aussi réels. *« Nous, on n'a rien à attendre de la concertation. Pour nous, les débats publics, ils sont finalement utiles dans la mesure où c'est une bonne occasion d'aller devant pour manifester, pour dénoncer. Donc, on renverse : on instrumentalise le truc qui est prévu pour nous instrumentaliser. La concertation c'est une bonne opportunité pour contre-attaquer »* (ONG)

Ces attitudes sont surtout à lire comme l'expression exacerbée d'un scepticisme quant à lui tout à fait partagé. Des entretiens réalisés aux commentaires formulés dans le cadre du dispositif de l'article 244, comme ceux déposés dans le cadre du projet de décret sur les gaz de schistes par exemple, la défiance et suspicion sont de mise. Ainsi la plupart des personnes interrogées peuvent tout à la fois afficher leur attachement au principe participatif et en souligner les vertus, tout en pointant les limites des démarches qu'ils connaissent, et par conséquent, interroger les véritables ambitions de l'article 244.

B. Inventaire des vertus et scepticisme diffus

De façon générale, les personnes rencontrées font montre d'une bonne volonté participative. Un entrepreneur rappelle que son groupe s'efforce de se caler dans les mécanismes existants : *« Tout ce qui est procédure de concertation, nous, on a qu'une envie c'est de bien respecter ça, d'associer tout le monde. C'est ce que nous faisons pour chacun de nos projets : on intègre la volonté de toutes les parties prenantes pour faciliter l'acceptabilité de notre développement. »* Est dressée alors la liste des vertus associées à l'offre de participation. Certains défendent des mécanismes qui permettent de sortir des stricts *« débats d'experts »* au motif que *« le bon sens est près de chez nous quand même ! Il faut laisser la porte ouverte au citoyen impertinent. Ne nous privons pas des regards croisés. Dans un monde complexe comme le nôtre, écoutons les alertes des citoyens »*, certains s'avérant parfois *« beaucoup plus instruits que des experts sur des sujets pointus. »* (Organisation patronale) L'un des citoyens rencontrés porte le même regard positif à l'égard de démarches qui favorisent *« l'horizontalité »* et la confrontation des points de vue et des savoirs d'élus, de

techniciens et de citoyens. Il décrit notre société comme « *un monde de l'expertise* » rempli de très bons experts sur des sujets très précis mais qui souffre d'un manque d'échanges et de transversalité, transversalité pourtant indispensable en matière de problématiques environnementales. L'offre de participation favoriserait ainsi une « *mise en synergie du triptyque élus-techniciens-citoyens.* » Les dispositifs participatifs ont aussi pour qualité de donner du temps pour la réflexion. Comme le précise ce responsable d'un cabinet de médiation environnementale :

« *La vertu de la participation, elle est double. D'une part, c'est de ralentir la décision publique... Je déconne mais c'est quand même pas mal de ralentir la décision et si, parfois, ça pouvait aussi conduire à ne pas faire, ça serait encore mieux. La deuxième vertu de la participation, c'est d'inventer des dispositifs qui permettent de construire différemment l'intérêt général. La vraie question est de savoir si on peut traiter les enjeux neufs qui émergent autour du climat et de la crise énergétique avec des vieux outils démocratiques. Pour moi, la participation, c'est tester autre chose.* »
(Citoyen)

Les démarches participatives obligerait également à sortir des strictes luttes d'influence, obligeant les conflits d'intérêts à se jouer sur la scène publique. Sans ces temps d'échanges et de confrontation à d'autres, certains groupes d'intérêts camperaient sur des positions pourtant dépassées, ou en voie de dépassement. C'est ce sur quoi insiste le représentant d'une organisation patronale : « *la Fédération du bâtiment n'a pas intérêt à ce que l'on bouge en matière de HQE car c'est chiant : il faut faire de la formation, de l'outillage, etc. Or il y a urgence. Mais on comprend que quand t'es une fédération, tu défends ton intérêt, c'est normal.* »

Attachés aux vertus de la participation, une bonne part de nos interlocuteurs salue alors dans les ambitions de l'article 244 « *une porte ouverte vers la concertation* » comme le reconnaît un citoyen. S'il élargit les possibilités d'intervention dans le processus réglementaire, le texte a surtout le mérite d'encadrer juridiquement des pratiques déjà existantes, mais qui se jouent dans l'ombre et frôlent parfois le hors jeu démocratique. Il est ainsi perçu comme « *une première dans le droit français car effectivement l'élaboration des textes réglementaires ne donne jamais lieu à concertation, enfin il y a toujours concertation* »

*mais dans un cadre totalement officieux, de bonne administration de la loi*⁹⁷. » (Organisation professionnelle) Ce citoyen estime lui aussi que faute d'un tel cadre, les démarches lobbyistes en coulisse finissent par ne pas prendre « *assez en compte la diversité des points de vue et on peut vite aboutir à des lois non applicables.* »

Mais, par delà ces appréciations positives de l'ambition du texte, de façon plus générale, ce qui domine c'est un scepticisme critique plus ou moins affirmé selon les acteurs interrogés. Ce scepticisme peut parfois s'accompagner d'une indifférence courtoise – du côté des acteurs socio-économiques ou d'une adhésion distanciée du côté des associations environnementalistes. Ainsi, si la plupart des personnes rencontrées se disent favorables à tout ce qui peut étendre l'offre publique de participation, ils doutent et s'interrogent. Quel sens donné à ce « *texte de plus* » ? N'est-ce pas un texte démagogique ? A qui profite une telle disposition ? Au fond, où est le piège ? Parfois, le propos est sans appel : « *mascarade de consultation* » et « *trompe-l'œil* », pour ce représentant d'une organisation patronale ; ou encore ce citoyen qui estime que « *ce texte n'est pas une plus-value, c'est une moins-value. On veut exploiter la population en leur faisant dire qu'ils ont répondu 'oui' alors que c'est le contraire. On veut piéger les gens.* »

Cette attitude de défiance ne doit pas surprendre. Elle est fréquente en matière d'offre publique de participation.⁹⁸ Et les arguments sont souvent à double face. Si certains saluent l'avancée réglementaire, d'autres réduisent le texte à une réaction à une stricte « *injonction réglementaire* », « *transposition maladroite de la convention d'Aarhus* », ce qui est déjà « *bien, mais attention à ne pas trop aller dans le sens de la normalisation des processus.* » (Consultant) Certains interlocuteurs soulignent également la profusion de textes en matière de participation.

« Cette injonction à la participation, il y a déjà plein de textes qui disent déjà ça. Il y a la convention d'Aarhus qui est la base de tout. Donc, je ne sais pas si ce texte n'est pas qu'un texte de plus. La charte de l'environnement, la convention d'Aarhus, ce sont des textes qui passent inaperçus pour beaucoup mais que nous on

⁹⁷ Il faut noter que lors des entretiens, le glissement entre loi et règlement est constant. Pour les personnes rencontrées, l'article 244 est bien compris comme autorisant la participation à la seule production des textes réglementaires, mais il est perçu comme s'inscrivant dans le processus plus large de fabrication des textes normatifs.

⁹⁸ Pour des analyses sur ces mêmes observations, voir : Barbier, 2005 et Rui, Villechaise, 2005.

invoque systématiquement dans nos recours. La disposition offerte par l'article est forcément plus opérationnelle, mais je ne suis pas sûr que le recours à la loi soit plus approprié qu'une charte de l'environnement. C'est plus concret, c'est sûr. Après est-ce que c'est plus approprié ? Je ne suis pas sûr. On aimerait déjà que ce qui existe fonctionne normalement sans forcément multiplier les dispositifs » (ONG environnementaliste)

Par ailleurs, le texte restant du point de vue de tous discret sur certains points matériels essentiels, il est perçu comme instituant un dispositif « *purement formel* », et poursuivant une stricte fin de légitimation procédurale. Comme le suggère cet élu des Verts : « *Cet article 244, ça fait partie de ce qu'on a appelé le « green washing ». C'est-à-dire qu'on peint tout en vert. Le mot développement durable, on le met partout. L'agenda 21, par exemple, c'est un super outil, mais maintenant tout le monde est capable de faire un agenda 21 en le dénaturant complètement. Pour moi, ce texte, c'est du green washing ! C'est vraiment pour montrer qu'on va dans la logique du Grenelle en mettant du vert partout* » (Elu) Du côté des citoyens, cette attitude sceptique est renforcée par le fait que si la participation du public leur paraît avoir du sens sur des enjeux localisés et tangibles, cette disposition réglementaire apparaît éloignée des préoccupations quotidiennes, se proposant à un niveau « *stratosphérique* », à tort ou à raison.

Mais se demander « où est le piège ? » peut être entendu aussi sur le mode : « *n'est-ce pas trop beau pour être vrai ?* » Cela traduit une ambivalence déjà observée à l'égard d'autres procédures et dispositifs : la reconnaissance du bien fondé de l'ambition du texte mais une vigilance certaine à l'égard de sa dimension matérielle. Aussi l'article 244 est-il regardé par en-dessous (Rancière, 2004), pour lui faire avouer ce qu'il n'est pas, mais aussi pour déceler ce qu'il ne dit pas, ou trop peu clairement. C'est alors, comme on va le voir, la faiblesse – voire l'absence – de garanties matérielles qui est perçue comme un indice du caractère peut-être trompeur du texte.

V. Un texte qui ne dit pas tout. Appréciations de la dimension matérielle de l'article 244

Qu'elles aient découvert l'article 244 en préalable ou au cours de l'entretien, les personnes interrogées ont eu l'occasion d'en explorer et d'en analyser le contenu avec les chercheurs. La méfiance et le scepticisme évoquées d'emblée se confirment à mesure que nos interlocuteurs, quelle que soit leur catégorie, ont le sentiment que les défauts identifiés à la lecture du texte révèlent selon eux les intentions cachées du législateur. Regrettant d'abord le manque de lisibilité du texte et le flou général qui l'entoure, les critiques du dispositif s'accroissent à mesure qu'ils en découvrent les écueils. Ainsi, les avis sont unanimes pour critiquer le délai trop court offert aux participants pour formuler leurs commentaires interdisant ainsi aux citoyens d'apporter des points de vue suffisamment éclairés. Ils s'accordent aussi à déplorer la possibilité de « prétexter » l'urgence pour court-circuiter la procédure ou encore le manque de transparence en aval de cette dernière offrant peu de garanties sur la réelle prise en considération des commentaires - et donc plus généralement sur l'utilité même de participer à un tel dispositif. On retrouve en outre un dernier élément de critique plus profonde de l'architecture de la procédure, portée principalement par les citoyens qui mettent en lumière l'absence de prise en compte de l'aspect proprement délibératif de l'exercice de la participation qu'ils sont pourtant nombreux à ériger en principe fondamental de cette dernière.

A. Accessibilité et intelligibilité du texte

La question de l'accessibilité de ce nouveau droit est posée, et ce, selon deux aspects.

D'une part, les personnes interrogées soulignent le caractère encore confidentiel de l'article 244 et des consultations qu'il prévoit. « Qui connaît l'article 244 ? » concèdent en substance nos interlocuteurs qui, pour la plupart, l'ont découvert lors de nos sollicitations, en particulier au lancement de la campagne d'entretiens. On relèvera que la grande majorité ne se montre pas étonnée du caractère discret de la disposition, et y voit un signe supplémentaire des ratés de la publicité législative, malgré la veille juridique à laquelle s'efforcent les organisations. *« Vous pouvez faire toutes les lois que vous voulez, tous les décrets que vous voulez. Si ça reste dans un canal, il y a peu de chances que le citoyen soit au courant ou ce sera un hasard. Et c'est un problème. Cette loi avant qu'elle soit connue du public, à moins*

qu'on fasse une communication dessus au 20h...ou dans un numéro spécial d'un grand média ou balancée sur tous les sites qui sont afférents à cette problématique, cette loi va passer inaperçue. » (Citoyen)

D'autre part, est mise en cause l'intelligibilité du texte. Bien des remarques portent ainsi sur l'imprécision des termes retenus, le recours à un langage juridique non explicite et les points aveugles du texte. *« Sorti de son contexte, ça veut tout et rien dire. C'est beaucoup trop vague : 'dispositif', 'décisions réglementaires', 'établissements publics'... Ce sont des notions beaucoup trop vagues pour moi, témoigne cette citoyenne d'un conseil de développement durable. Tous les termes sont très génériques. Tout est sujet à discussion. Je pense qu'au niveau de la jurisprudence, ça va être très compliqué. » (Citoyen)* Bien des notions sont jugées beaucoup trop vagues et peut-être délibérément et stratégiquement imprécises. Un représentant des services déconcentrés de l'Etat note que *« le premier article reste trop vague. On ne sait pas vraiment ce que ça peut intégrer. Est-ce que c'est un flou qui est volontaire ? C'est assez difficile à interpréter. L'article, il souffre beaucoup de manque de précision... Je le trouve tellement vague, tellement peu défini et puis engageant tellement peu les services de l'Etat que bon....»* L'un des citoyens remarque ainsi, ironiquement, que *« les technocrates savent écrire. »* La lecture de l'article 244 génère alors d'abord des questions. Cette association régionale de protection de l'environnement juge ainsi l'article *« sibyllin. »* *« Qu'est-ce que cela veut dire concrètement ? C'est quoi ? Comment ça s'applique ? Il faudrait presque une formation pour savoir comment l'utiliser. Cela concerne quoi : les arrêtés du préfet ? Les décrets ? Cela concerne la SNCF ? C'est fourre-tout. Au fond qu'est-ce qu'un projet de décision réglementaire ? » (ONG environnementaliste)*

Plusieurs notions comme celle d'*« incidence directe et significative sur l'environnement »* devraient être clarifiées. *« Quand on dit 'incidence directe et significative sur l'environnement' mais quasiment tout peut relever d'une incidence directe et significative sur l'environnement. Alors comment on fait pour trancher ? interroge ce citoyen bordelais. Par exemple, quand on décide en conseil municipal d'acheter 30 bus, c'est hyper important pour l'environnement notamment le fait de choisir entre des bus à essence ou à colza, etc. Est-ce de ça dont on parle ? » (ONG environnementaliste)* Ce militant associatif juge que cet article n'est *« pas particulièrement clair »* notamment par l'utilisation des termes 'incidence directe et significative sur l'environnement', d'autant qu'il rappelle que la définition d'une telle incidence est différente selon les pays et au niveau européen. L'imprécision du texte

promet de justifier les recours en contentieux. *« Comme toujours, poursuit-il, je vais être obligé d'utiliser des bases de données étrangères pour prouver que les autorités méconnaissent ce qu'est l'incidence directe et significative sur l'environnement. Autrement dit, on va être encore dans un système de rapports de force, dans un système de contentieux. On va encore avoir des tribunaux administratifs encombrés parce que le texte ne clarifie pas une situation existante qui n'est pas satisfaisante. C'est le principal défaut de la cuirasse de ce texte. »* (ONG environnementaliste)

D'ailleurs ce même interlocuteur plaide pour qu'on élargisse cette notion à *« une incidence directe et significative sur l'environnement ou sur la qualité de vie des citoyens. »* Un besoin de clarification s'exprime d'autant plus que le texte ne dit pas *« qui va apprécier l'incidence directe et significative sur l'environnement »*, comme le relève un autre représentant d'une association environnementaliste. La formule pourrait servir à exclure du champ d'application de l'article 244 certains projets réglementaires.

Même inquiétude à l'égard de la notion « d'urgence. » Parmi les personnes interrogées, plusieurs peuvent entendre que des événements et des situations appellent réactivité et autoritarisme. Ce militant d'une association de protection de l'environnement juge que *« le législateur a raison d'indiquer l'urgence. S'il y a un problème de sécurité publique, c'est évident qu'on ne peut pas empêcher l'exécutif d'agir. »* Pour cette autre représentante associative, même si les exceptions sont toujours problématiques elles peuvent être réelles : *« Dans un vrai cas où il y a un besoin de texte réglementaire d'urgence et que ce n'est pas prévu dans la procédure, on pourrait toujours trouver des fâcheux qui seraient extrêmement contents d'attaquer le texte parce qu'il n'est pas passé par la procédure. Vous ne pouvez pas savoir le nombre de gens qui deviennent passionnés par l'environnement quand avec un argument d'environnement, ils peuvent bloquer quelque chose qui les emmerde. »* (ONG environnementaliste)

Une chargée de mission d'une organisation patronale estime de même que si *« c'est une question très délicate, il faut se maintenir cette possibilité de faire passer un texte en urgence. »* On le voit, pour les uns et les autres, si le texte doit tout prévoir, la question est toutefois posée de l'usage tactique de cette notion. Parmi les citoyens, certains se disent *« choqués »*, *« Car qui définira et comment s'entendre sur ce qui constitue ou non une situation d'urgence ? »* *« Comment on borne l'urgence ? interroge un représentant d'une organisation patronale. Est-ce que c'est quand on est à la phase 4 de la centrale qui va péter*

ou on le fait avant ?... Faire dans l'urgence, ce n'est pas bon. Il faut être sérieux. On n'a pas tous les jours un Fukushima ! Pourquoi faut-il aller vite ? » « La concertation, c'est fait pour asseoir et construire une décision, ce n'est pas fait pour réagir dans l'urgence, poursuit un citoyen. Les questions environnementales n'ont pas grand-chose à voir avec l'urgence. L'environnement c'est la construction à moyen et long terme de certaines garanties... » Tout pourrait être invoqué pour ne pas appliquer le texte. « La notion d'urgence, c'est l'exception qui permet de déroger à l'application de la loi, estime ce représentant associatif. Par exemple en matière de nucléaire, il pourrait y avoir une urgence qui justifie qu'on n'applique pas ce texte et qu'on fasse passer un décret rapidement. D'autant que « l'ordre public », c'est vaste et cela peut justifier beaucoup de choses. » (Citoyen) Aussi une bonne part des personnes rencontrées aspirent-elles à ce que l'administration soit « dans l'obligation de justifier l'urgence. »

B. L'examen des modalités de participation au concret.

1) La voie électronique : nécessaire, mais est-ce suffisant ?

Le recours à la voie électronique pour l'information comme pour la participation à la consultation est généralement perçu comme nécessaire et incontournable. Pour les représentants d'associations environnementalistes, qui le revendiquaient de longue date, la promotion de la voie électronique reste la principale – voire unique parfois – plus-value de ce texte. C'est particulièrement vrai par rapport à leur expérience des enquêtes publiques et des coûts d'accès à l'information et aux dossiers, ainsi que le rappellent les membres de cette association de protection de l'environnement : « *La mise en ligne, c'est bien, on est 100% favorable. C'est mieux que d'aller sur place pour aller consulter des dossiers, faire des photocopies. C'est plus facile de faire ça chez soi depuis son ordinateur en trois clics. Pour l'enquête publique, nous avons mis les dossiers en ligne nous-mêmes. Ils disent qu'ils n'ont pas assez de personnel, donc rien n'est mis en ligne. Mais c'est un faux argument : on ne met pas en ligne les dossiers difficiles pour éviter d'avoir des recours.* »

Sur ce point, élus écologistes comme associatifs s'indignent de la restriction du texte ainsi formulée '(...) lorsque le volume ou les caractéristiques des documents ne permettent pas leurs publications par voie électronique' : « *Cette phrase, elle me laisse sur le cul ! Quel est le dossier qui ne soit pas susceptible d'être numérisé ?! Alors qu'aujourd'hui on peut concentrer sur une simple clé USB l'équivalent d'un rayonnage de bibliothèque.* » (ONG

environnementaliste) Ces interlocuteurs ne voient pas ce qui pourrait empêcher la numérisation de certains documents dans le cadre de l'article 244. Tout juste ce même associatif admet-il certaines difficultés en matière de cartographie.

Salué par tous, le recours aux ressources électroniques est toutefois satisfaisant sous réserve que l'on prenne en compte les inégalités d'accès à l'Internet. « *La voie électronique c'est une très bonne chose, disent en chœur ces deux citoyens d'un conseil de développement durable. Ça démocratise et cela permet de toucher ceux qui ne se déplaceraient pas mais qui depuis chez eux seraient prêts à donner leur avis. Mais cela peut être discriminatoire parce qu'encore faut-il avoir accès à Internet.* » De ce point de vue, ce qui est décrié par certains citoyens c'est surtout le « *caractère exclusif du mode de transmission* » des avis. « *Le recours à Internet ne doit pas empêcher les autres formes d'information. Qu'il y ait des réunions, des débats publics, qu'on puisse aller chercher l'information ailleurs. Cela ne doit pas empêcher les autres procédures. Et si on veut véritablement qu'une participation soit réussie, on doit l'attaquer sous tous les angles et pas uniquement par voie électronique. C'est un plus mais ça ne doit pas être le seul mode pour s'exprimer.* »

Ce strict recours à la voie électronique est plus problématique encore en matière d'information. La question régulièrement posée est celle de savoir comment s'assurer que les citoyens auront bien accès à l'information concernant les consultations. Tous, à commencer par les citoyens, rappellent ô combien il est difficile de se tenir informé des dispositifs comme des dispositions réglementaires. Si nul n'est censé ignorer la loi, tous savent qu'ils passent à côté bien souvent. Pour certains interlocuteurs, c'est un point aveugle du texte qui « *ne précise pas la publicité. On a pourtant fait des progrès là-dessus sur les enquêtes publiques en imposant que sur les lieux, il y ait un affichage de l'avis d'enquête. Et je pense qu'il faut aller encore plus loin. C'est-à-dire que dès qu'on voit que telle ou telle personne est concernée, il faut l'informer.* » Les citoyens souhaiteraient ainsi un « *minimum d'affichage* » dans les directions déconcentrées de l'Etat, dans les préfetures, dans les mairies.

Quand les personnes rencontrées misent sur le seul espace électronique, elles alertent sur l'envers de cette technologie formidable : la difficulté à se repérer et à trouver la bonne information. Pour les acteurs associatifs, il est alors impératif de proposer des portails d'accès lisibles et multiples, et de les accompagner de systèmes d'alerte pour les citoyens qui le désirent. « *Aujourd'hui la bataille, c'est d'arriver à obtenir le budget pour mettre en place*

l'espace méta-portail dédié qui soit associé à un système d'alerte électronique. Il faut qu'on puisse s'abonner soit par courriel soit par les systèmes de fil RSS. C'est plus important de recevoir l'alerte en temps réel plus que d'avoir du temps. Très souvent le problème c'est qu'on sait que ça existe quand c'est fini ou presque fini. C'est comme quand on bossait sur l'enquête publique, il y a 15 ou 20 ans : la bataille à l'époque c'était d'obtenir des modes de diffusion de l'information qui allait au-delà des annonces légales dans les journaux et du A4 en noir et blanc que personne ne voyait. On leur disait est-ce que vous voulez faire des affiches simplement pour être dans le réglementaire ou pour qu'elles soient lues ? » (ONG environnementaliste) « Le fait que ce soit maintenant en version numérique c'est bien en termes de gain de place mais ça demande aussi d'être plus attentif parce qu'on le laisse plus facilement passé quand on ne l'a pas physiquement sous les yeux, complète cet autre représentant associatif. La voie électronique c'est très bien, mais ça demande d'être d'autant plus vigilant. On nous rétorque toujours que nul n'est censé ignorer la loi. En plus, maintenant avec Internet, on a des outils performants pour en avoir connaissance. Mais encore faut-il s'y intéresser. Même nous, dont c'est le boulot, on n'a pas forcément la capacité de le faire sur tout. »

2) Le délai minimal de 15 jours : trop court

Pour quelques personnes rencontrées, le délai minimal de 15 jours dédié à la consultation, s'il peut paraître bien court, a le mérite de ne pas « trop » ralentir le processus de production réglementaire décrié par ailleurs pour sa lenteur. D'autant qu'à l'expérience, ce délai minimal est généralement dépassé.⁹⁹ Comme le note la représentante d'une ONG environnementaliste, « on est aussi devant du réglementaire qui met déjà très longtemps à sortir, donc il faut essayer de faire un truc où il ne faut pas non plus plusieurs années pour sortir le moindre décret. » De même, cette chargée de mission du MEDEF estime qu'il serait problématique d'alourdir davantage la machine législative qualifiée de « très lente ». Mais, à l'exception de ces quelques remarques, ce délai, perçu comme « ridiculement court », est jugé problématique par la quasi-totalité de nos interlocuteurs et ce d'autant plus lorsqu'on a l'ambition de toucher le grand public. Il y a d'ailleurs là une source très nette de scepticisme. « Ce délai trop court vient tuer le bon esprit de cette loi » suggère ce citoyen.

⁹⁹ Le recensement des 205 consultations mises en ligne sur le site du ministère de l'écologie entre mars 2010 et mars 2011 montre que le délai moyen pour commenter les textes est de 28 jours. Voir le point V de ce rapport.

« Je reste assez dubitatif quand même, notamment par rapport au délai de 15 jours, renchérit un technicien des services déconcentrés de l'Etat. Le délai, je pense qu'il est incompatible avec le traitement dans le fond et dans la forme d'une problématique qui est proposée dans le cadre d'une décision réglementaire. Ça rejoint un peu les sceptiques qui disent que tout ça est très formel et que c'est uniquement pour rentrer dans le cadre d'application de la convention d'Aarhus, pour dire que l'Etat a fait la transposition. Mais 15 jours, je trouve que ce n'est absolument pas raisonnable. »

Acteurs collectifs comme citoyens voient dans ce délai minimal une possibilité de « manipulation », rien comme un avis solidement argumenté ne pouvant être produit dans un temps aussi étroit. Aussi, dans l'esprit de la majorité, ce délai n'a pu qu'être délibérément proposé pour entraver l'expression de l'intelligence et de l'impertinence. La complexité des questions environnementales, ainsi que leur articulation souvent délicate avec les enjeux économiques et sociaux, tout aussi cruciaux, appellent des temps conséquents, le plus souvent estimés en mois, de 1 à 3 selon le type de textes et le type d'interlocuteurs. C'est ce sur quoi insiste ce représentant d'une organisation patronale : *« il faut des délais relativement longs parce que ce sont des sujets qui traitent de l'environnement, qui sont des sujets complexes qui font intervenir des compétences multiples. Si on veut une consultation de citoyens sur l'ensemble d'un territoire, il faut du temps. Si on veut une consultation d'élus, c'est un mois. Si on veut une consultation de techniciens, c'est 15 jours. Si l'objectif est de laisser tout le monde s'exprimer, les délais sont bien trop courts. »* Pour cette environmentaliste, si ce délai de 15 jours pourrait convenir à certains réseaux associatifs déjà bien structurés comme le sien - *« pour nous c'est jouable parce qu'il y a des gens disponibles 24h sur 24 et qui ont les connaissances pour réagir rapidement »* -, il n'est pas réaliste de penser que le grand public pourra participer.

Souvent caractéristique des démarches participatives, la précipitation paraît ici encore antinomique de la concertation. Elle est regrettée par plusieurs des personnes rencontrées qui estiment qu'elle devrait être particulièrement évitée en ce qui concerne la production de texte réglementaire *« J'ai participé à une concertation sur les cours d'eau, qui s'est faite au pas de charge, avec tous les acteurs, déplore ce représentant d'une organisation professionnelle. J'étais vent debout. Donc, laisser 15 jours, ce n'est pas la peine ! Quand une foultitude de techniciens travaillent sur des textes, depuis des mois et des années, et qu'on dit au public*

vous avez 15 jours pour réagir... C'est absurde. » Si ce délai devait être maintenu, il constituerait alors pour ce représentant d'une organisation patronale, le « *délai incompressible en cas d'urgence* », mais en temps ordinaire, il est attendu que soit élargi le temps de la consultation.

De façon consensuelle, un délai minimal de 15 jours jugé trop court, en particulier pour les citoyens.

« 15 jours, c'est beaucoup trop court. Là, j'ai rigolé. Entre le moment où l'info va être publiée. Aucun avocat n'étudie un dossier sérieux en 15 jours. Ce délai n'est pas raisonnable. Vous n'avez pas le temps en 15 jours de prendre connaissance, d'aller chercher les informations ou d'éventuellement de discuter dans des réseaux associatifs et faire un retour avec des commentaires. Il faudrait 1 mois ou 2 pour être plus crédible. 15 jours pour moi c'est ridicule. Je pense que 2 ou 3 mois c'est une durée beaucoup plus crédible. Même avec des gens bien implantés, bien informés, bien organisés, 15 jours, ce n'est pas suffisant ! » (Citoyen)

« Il y a quelque chose qui m'a surpris dans cet article, c'est le délai de 15 jours. C'est comme si on ne voulait pas communiquer. Il faut du temps pour instruire les dossiers. Si on veut être sérieux, on met 3 mois et si on veut ménager la chèvre et le chou, on met au moins 1 mois. 15 jours, ça ne veut rien dire... Je trouve ça dégueulasse ! » (Organisation patronale)

« Le délai de 15 jours... Quand même les associations ont un rôle de vigie. Elles vont lancer l'alerte. Elles vont mobiliser. Mais faut-il encore avoir le temps de le faire. Je me rends bien compte que les associations elles-mêmes ne repèrent pas toujours suffisamment vite un projet. Il est souterrain depuis un moment dans les services et puis ça finit tout d'un coup par apparaître. L'autre jour, entre élus verts de ma commune, on s'échangeait des messages parce qu'on ne s'était pas rendu compte qu'une voie cyclable était mise à l'enquête publique et on avait deux jours pour réagir. Donc, 15 jours, pour le citoyen, ça paraît vraiment court » (Elu)

3) Le devenir trop incertain des contributions

De façon récurrente là encore, et tout type d'acteurs confondu, est regretté le silence de l'article 244 en ce qui concerne le traitement des contributions et l'évaluation des observations. *« Ce qui n'est pas dit, c'est ce que l'on fera des commentaires déposés ! »*, s'alarme une citoyenne. Comment juger et qui jugera du bien fondé des observations et de la légitimité des contributeurs ? Comment hiérarchiser, pondérer et analyser les avis ? Sur quels critères ? Et qui le fera ? Pour en faire quoi ?

Comme l'affirme un représentant d'une organisation professionnelle, *« l'interprétation des commentaires est primordiale. »* Il est rejoint par ce citoyen qui estime que *« c'est compliqué d'interpréter ce que l'on fait des avis et qui les exprime. »* Comment notamment distinguer ce qui relève de « banalités » de ce qui est fondamental ? Et au nom de

quoi ? Est en question aussi l'appréciation du poids des arguments. De façon très consensuelle, les personnes rencontrées insistent sur la question de la légitimité des observations livrées et militent pour que puisse être appréciée la représentativité des participants. C'est d'autant plus le cas de la part des acteurs organisés de la société civile qui craignent de voir des paroles isolées peser d'un poids équivalent aux propos collectivement fondés et construits. Les représentants d'organisations professionnelles, après avoir précisé que l'avis d'un élu comme José Bové ou d'une association spécialisée comme Greenpeace n'a pas le même poids que l'avis d'un monsieur lambda, se demandent aussi en quoi les observations issues d'une telle consultation pourraient venir concurrencer le travail du personnel élu.

« Selon quelle légitimité on va prendre en compte les avis ? Cette question de la légitimité est centrale. On élit des gens qui sont responsables. Si on leur dit que 50 personnes se sont exprimées et qu'elles vont prendre la décision à leur place, on n'est plus sur un système démocratique. La démocratie représentative, elle a quand même certains avantages. Là, vous allez prendre en compte l'avis de gens qui ne sont pas responsables et vous allez derrière en faire une vérité. Le biais, il est lourd quand même là-dessus. Pour cet article comme pour plein d'autres dispositifs, on a tendance de plus en plus à faire entrer la voix de gens dont la légitimité est discutable. C'est parfois seulement celui qui crie le plus fort... » (Organisation professionnelle)

Pour cette chargée de mission au sein d'une organisation patronale, en l'absence de précision sur les conditions de traitement des avis, on pourrait assister à une surenchère de la part des contributeurs pour tenter d'avoir le dernier mot. *« Si je pousse un peu le raisonnement. Il y aurait même intérêt à fortement se manifester sur certaines questions au cas où d'autres le feraient...histoire de faire la balance et que ce ne soit pas le dernier qui ait parlé qui ait parlé. Ça oblige donc à être particulièrement vigilant et réactif sur ce qui sort. »*

L'imprécision du texte en matière de traitement des commentaires inquiète et nourrit la défiance. *« Le fait que rien n'est dit sur ce qui sera fait de ces commentaires, ce n'est pas un oubli. C'est de l'ordre de la communication pour se donner bonne conscience »*, devine cette militante environnementaliste. D'autant que tous remarquent aussi que rien n'est dit quant à la garantie d'une prise en considération des observations. L'administration n'est aucunement tenue de restituer synthèse et analyse, ni de justifier de son usage des

contributions. « *Sur une procédure comme ça, rappelle ce représentant d'une association de défense de l'environnement, la nécessité de faire un bilan de concertation me paraît une évidence mais c'est vrai que ça n'apparaît pas dans le texte.* » « *L'article 244 est certes plus contraignant, mais s'il y a obligation d'associer, est-ce qu'il y a l'obligation de tenir compte ? Il n'y a rien, tranche cet industriel. C'est un texte qui donne des moyens, mais il n'y a pas d'obligation de résultats. C'est un pas dans la bonne direction, mais le pas suivant : c'est comment mettre des contraintes pour la prise en compte.* » (Organisation professionnelle)

Pour tous les acteurs rencontrés, il est tout à fait problématique que le texte n'offre pas davantage de garantie sur le devenir et la prise en compte des avis. Rien n'est stipulé sur la façon dont ils seront ou non intégrés, et les deux jours annoncés pour prendre une décision à l'issue de la consultation paraissent bien peu pour prétendre prendre en compte sérieusement les avis dès lors qu'ils seraient nombreux.¹⁰⁰

La portée de la participation paraît alors compromise et c'est l'utilité du texte qui est mise en cause par plusieurs interlocuteurs. « *Qu'est-ce qu'ils entendent par participation ? C'est donner son avis ? C'est proposer des modifications ?*, interroge faussement naïf cet élu. *Moi, avec ce texte, je ne vois aucune disposition qui permettrait de modifier ce qui a été acté déjà dans le cadre des arbitrages ministériels.* » Même verdict du côté de ce représentant d'une ONG environnementaliste : « *Comme il n'y a pas de méthode clairement définie pour savoir ce qu'on va faire des commentaires. Je doute fort que ça ait une utilité. Et puis, ça vient en aval. On pourrait même se demander quelle est la motivation de ce texte. Parce que si le processus de concertation en amont a été bien mené, les acteurs de la concertation devraient tous avoir le projet en main avant même cette procédure. Est-ce que le texte publié va être fidèle à ce qui a été concerté. Alors, vous ne pouvez pas être sûr que ce qui est sorti de la concertation va être intégralement repris dans un texte réglementaire. Moi, je suis très, très sceptique. Ce texte ne changera strictement rien. Simplement, le gouvernement ou les ministères en place pourront se targuer qu'il y a eu une consultation, qu'il y a eu une concertation* »

¹⁰⁰ Le recensement des 205 consultations mises en ligne sur le site du ministère de l'écologie entre mars 2010 et mars 2011 montre que le délai moyen pour commenter les textes est de 28 jours. Voir point V. du rapport.

L'enjeu clé est celui de la transparence, comme dimension indispensable au contrôle citoyen. Pour pouvoir prendre la mesure de ce qui se dit, de qui le dit et savoir ensuite apprécier le degré et la nature de prise en considération par l'administration. *« Tant qu'à faire, si ça doit exister autant que ce soit transparent parce que si c'est pour faire des choses informelles dans les couloirs. Ça peut être bien qu'on puisse voir les positions des uns et des autres noir sur blanc. Alors là, pour le coup, ça ferait tomber les masques. »* (ONG) Une représentante d'une association environnementaliste estime quant à elle qu'il est effectivement important de *« savoir qui dit quoi »* comme dans le cas des consultations de l'Union européenne. *« Sur les nanotechnologies notamment, on a contribué sur plusieurs consultations européennes. On a eu ensuite une synthèse où on savait quels étaient les profils de ceux qui avaient répondu. Moi j'aimerais bien qu'on ait aussi ce système de synthèse en France. »* Si l'article 244 n'oblige pas l'administration à proposer une synthèse, ni à publiciser les commentaires, alors : *« on ne sait pas qui à contribuer, on n'a pas cette donnée. »* Il devient donc impossible de contrôler le devenir des arguments.

« Est-ce que la structure publique doit mettre à disposition ces commentaires ? Si la personne publique n'est pas obligée de faire état des commentaires, elle n'est pas non plus obligée de dire comment ils vont être pris en compte dans le cadre de sa décision, conclue ce technicien d'un CETE. Le risque, c'est de décourager ceux qui veulent faire des commentaires. On arrive avec un dossier qui défend un point et qui ne sera pas nécessairement mis à disposition du public, ne sera même pas pris en compte et vis-à-vis duquel le service de l'Etat n'aura même pas à justifier sa prise en compte. C'est comme si on était limité à un recueil d'informations, pas plus. » (Représentant des services déconcentrés de l'Etat)

L'attente d'une réelle publicité tant pour les commentaires que pour la synthèse administrative est exprimée par la quasi-totalité des personnes rencontrées. Il y a là, comme on l'a vu, un enjeu de transparence et de contrôle du devenir des observations. Mais la publicité est aussi défendue parce qu'elle promet de favoriser la délibération, qui est perçue comme la grande oubliée de l'article 244.

C. Participation sans délibération

Il est un point tout à fait remarquable : du côté des citoyens, assez nettement, mais aussi d'une bonne part des acteurs de la société civile, cette offre de participation est jugée problématique car elle ne prévoit pas d'espace de délibération.

C'est une limite du dispositif acté par l'article 244 que souligne une élue écologiste : « *Évidemment dans un délai aussi court, il n'y a pas d'échanges entre les parties qui vont contribuer. Donc, c'est là qu'est peut-être la limite.* » Il est tout à fait intéressant de noter que pour beaucoup, en s'adressant au public de façon indifférenciée, cette modalité de consultation se prépare à récolter des commentaires individuels, atomisés, sans les mettre en délibération. Or, seule la délibération répond à l'enjeu de confrontation, de « frottement » entre les avis, à l'enjeu de publicité. Sans surprise, les acteurs associatifs militent pour rompre avec des prises de position individualisées. « *Combien de personnes vont faire des observations ? Ça va être 10 ou 20 personnes au niveau national. Vous croyez qu'un texte va être changé parce que 20 personnes l'ont décidé. Après, il n'y a même pas de légitimité. Ces modifications doivent résulter justement d'une concertation collective. C'est collectivement qu'on est intelligent. Ce n'est pas séparément. Moi, ça me pose un problème de méthode.* » (ONG environnementaliste)

Du côté des citoyens, engagés dans des dispositifs de participation, le propos est identique. « *Parce que la délibération au moins, ça prend en compte l'idée qu'on tente de faire en sorte que les gens fassent groupes autour de thèmes qu'ils discutent. Ils ne sont plus individualisés. Du coup, une démocratie délibérative est une démocratie qui se veut éducative. Et puis, c'est aussi quelque chose qui se construit et qui ne s'appuie pas sur l'idée que le citoyen serait tout beau, tout joli par lui-même.* »

La délibération est perçue comme ayant des vertus éducatives, comme une école de citoyenneté, et permet de fabriquer des propos fondés en raison. Ce serait d'autant plus nécessaire concernant les questions environnementales, dès lors qu'elles suscitent des débats passionnels, des controverses en proie aux incertitudes, etc. Tout espace de délibération aurait par ailleurs une autre vertu : celle d'autoriser l'émergence de collectifs inédits, reposant sur des alliances temporaires, capables de donner plus de force aux arguments. De ce point de vue, d'ailleurs, on comprend que le caractère non public des observations soit mis en cause.

Ainsi l'absence de transparence laisserait l'exercice de mise en perspective des arguments à la seule administration, qui conserverait seule le pouvoir de sélection et de hiérarchisation, ce qui apparaît discutable à la majorité des personnes rencontrées. L'absence de possibilité de délibération est alors comprise comme une façon pour l'Etat de ne pas introduire trop d'imprévisibilité dans le processus. *« Finalement, l'habitant peut faire valoir son point de vue et puis c'est tout, regrette ce technicien d'un service déconcentré de l'Etat. Il n'y a pas de plateforme de débats. Le seul intérêt pour le service de l'Etat, c'est qu'il va éventuellement avoir un matériau qui va lui permettre soit d'améliorer le contenu de sa décision avec des choses auxquelles ils n'avaient pas pensées, soit éventuellement de temporiser de telle manière que la décision réglementaire n'ait pas un impact qui n'était pas prévu. Ce n'est pas de la participation. Si on considère que mettre à disposition un document de recours ou de requête c'est de la participation ! Non, ce n'est pas de la participation dans le sens où il n'y a pas d'aller-retour »*

Le chargé de mission d'une association de professionnels rappelle que de ce point de vue les temps de concertation permettent de créer des coalitions de cause et surtout de rendre possibles des alliances mouvantes et souvent opportunistes, mais qui accroissent aussi l'effectivité normative des acteurs de la société civile. *« Nous on a une étiquette « usager », et c'est très utile pour l'administration, qui dit : y a des usagers qui n'ont pas le même point de vue que d'autres usagers, comme les industriels. Quand il s'agit de protéger la qualité de l'eau, on est avec les ONG, quand on parle quantité, on est souvent en opposition. Dans le processus de concertation, le gros avantage c'est le fait de créer des alliances sur des points forts de convergence qui permettent de se rejoindre sur des points plus faibles, en faisant de sujets de désaccords des sujets de possibles consensus, de rapprochements – exemple cette année sur la civelle : au niveau du comité national on a fait un communiqué de presse commun entre l'association et le WWF : où on disait il faut protéger la civelle mais pas au prix de la disparition des pêcheurs. Ce genre de rapprochements inquiète les pilotes de la concertation, car c'est imprévisible, ce sont des majorités non prévues au démarrage. »* (Organisation professionnelle)

Cette nouvelle disposition paraît peut pertinente car elle ne prévoit pas de débat. *« L'avantage de la concertation, c'est bien la coprésence des parties ; cela permet de s'expliquer, de faire évoluer les idées préconçues, de faire tomber les a priori. Faire de la démocratie participative, ce n'est pas seulement faire participer : il faut du débat, sinon c'est*

le règne du péremptoire. Or avec ce texte, chacun reste sur son a priori et ce n'est pas bon. » (Organisation professionnelle) D'autant qu'il est invité à le livrer tel quel. Sans légitimité aucune.

Dans la droite ligne des travaux vantant les vertus de la démocratie délibérative, le dispositif de concertation sans débat est donc jugé comme allant à rebours des avancées en matière de participation. Il ne s'agit pourtant pas dans leur esprit de revendiquer que chaque texte réglementaire fasse l'objet d'un débat public. L'attente de délibération n'est pas non plus le signe d'une pleine adhésion aux théories du tournant délibératif (voir notamment Habermas, 1992 ; Elster, 1998 ; Bohman, 1996). Les propos insistent surtout sur les principes de transparence et de publicité : pour pouvoir participer efficacement et de façon argumentée à la consultation, le dispositif devrait favoriser l'accès aux points de vue de tous. L'échange, sans être direct, pourrait exister par une publicisation des contributions. A défaut, l'article 244 offre certes un dispositif de consultation mais n'est pas perçu comme un progrès en matière de participation, terme retenu pourtant par le texte.

Pour nos interlocuteurs, une conclusion s'impose alors face à un texte qui n'offre pas suffisamment de garanties : la nécessité de pouvoir compter sur une autorité indépendante, un garant, seule condition à leurs yeux pour (re)fonder la confiance. Si l'article ne précise pas par qui et comment il convient de collecter, synthétiser, d'interpréter et de diffuser les commentaires reçus, si les conditions d'un contrôle ne sont pas réunies, alors les citoyens doivent pouvoir se tourner vers un garant qui, selon les propos recueillis, est envisagé tantôt comme devant prendre en charge l'organisation des consultations, tantôt comme devant *a minima* pouvoir constituer un recours. Concernant la première option, le représentant de cette organisation patronale juge que « *la concertation, ça suppose de mettre en face des gens qui ont un esprit de synthèse. Si on fait une concertation et qu'on n'a pas derrière un staff apte à gérer la synthèse, c'est casse-gueule. Il faut donc une entité impartiale apte à faire une synthèse argumentée non partisane.* » Une attente similaire est exprimée par un militant environnementaliste, même si elle demeure peu stabilisée. « *Le problème dans ce système-là c'est qu'on ne voit pas qui pilote la participation. Et ça, il faudra quand même que le décret le précise. Est-ce que ce sera un commissaire enquêteur ? Est-ce que ce sera une commission ? Est-ce que ce sera le préfet en personne ?* » Quant à la seconde option, les citoyens sont sans doute ceux qui aspirent le plus à pouvoir compter sur une autorité de

recours. De ce point de vue, on soulignera à quel point le modèle et la doctrine de la CNDP semble diffuser dans la société.

Si l'appréciation du texte est relativement convergente, les limites et imperfections relevées n'ont pas les mêmes implications d'une catégorie d'acteur à l'autre. On peut ainsi comprendre que la critique citoyenne soit toujours un peu amère dès lors que les citoyens interrogés ont le sentiment de manquer d'alternatives pour peser sur la production réglementaire, quand bien des acteurs socioéconomiques et environnementalistes se montrent plus détachés, tant ils disent pouvoir se satisfaire des possibilités existantes.

VI. Un droit de plus, mais pour qui au juste ?

Qui a le plus à gagner à ce droit de plus ? Pour résumer les propos en la matière, toute catégorie d'acteurs confondue, il apparaît que chacun estime que le texte servira les intérêts des autres. Les acteurs organisés de la société civile commencent toujours par considérer que l'article 244 s'adresse d'abord aux citoyens, au grand public, et qu'ils ne sont pas concernés. De leurs côtés, les citoyens estiment que ce droit n'a été pensé que pour les corps constitués et les groupes d'intérêts. Au sein de ces derniers, les acteurs socio-économiques jugent que cette nouvelle possibilité juridique sera surtout saisie par les associations environnementalistes, ces dernières estimant qu'elle servira sans nul doute les intérêts des premiers. L'article 244 est ainsi perçu comme « le droit des autres », qu'on juge opportun l'élargissement de la participation à des acteurs qui étaient tenus à distance ou que l'on regrette cette offre supplémentaire d'intervention à des acteurs qui n'en manquaient pas.

Ces propos à front renversé indiquent que la cible de l'article 244 n'est pas très clairement explicitée. Ils rappellent surtout que les processus de production réglementaire sont toujours structurés par des rapports de force, des rapports de pouvoir – ils sont toujours des terrains de luttes d'influence –. De fait, chacun apprécie toute possibilité juridique nouvelle de peser sur la fabrique de la réglementation à l'aune de sa propre position dans un système d'action conflictuel.

A. Pendant la consultation, lobbying et mobilisations continueront....

De façon partagée, les acteurs socio-économiques rencontrés se montrent peu concernés par cette nouvelle disposition. Elle ne constitue pas une plus-value démocratique pour les organisations dont ils sont les représentants. Ils estiment spontanément qu'elle s'adresse plutôt au monde des associations et au « grand public », même s'ils s'accordent aussi pour dire que les citoyens ordinaires auront bien du mal à se saisir du texte : le délai minimal de 15 jours paraissant à tous bien trop court pour que les citoyens puissent s'informer et se prononcer de façon argumentée, comme on l'a vu. Dès lors, le texte est interprété comme étant une offre de concertation réservée aux associations déjà bien implantées qui ont l'expérience et les compétences pour réagir rapidement et « monter un dossier » sur une décision réglementaire qui irait à l'encontre des intérêts qu'ils défendent. Ainsi le représentant d'une organisation professionnelle assure que le texte concerne « *le public, les citoyens* », et non les entreprises. Pour les associations professionnelles concernées par des enjeux environnementaux, la participation à la production réglementaire est prévue par le Code de l'environnement. Déjà consultées, ces associations professionnelles comprennent que l'article 244 et son « *aspect grand public ne (les) concerne pas.* » Un représentant d'une autre organisation professionnelle regrette que « *cette possibilité juridique puisse aider le public à aller plus loin en notre défaveur. Cela devrait aussi constituer une ressource de plus pour les associations environnementalistes qui s'en saisiront pour les recours en contentieux. Cela devrait les renforcer.* »

De leurs côtés, les représentants d'associations rencontrés ne saisissent pas toujours l'utilité de ce texte au regard de ce qui existait déjà en matière de participation. A l'exception de certains d'entre eux déjà évoqués, ils n'y sont pas non plus opposés. Ils envisagent de s'en emparer ponctuellement. C'est notamment le cas des associations ayant participé le plus activement au Grenelle. Mais ils n'oublient pas qu'il serait irrationnel de participer à ce type de consultation en renonçant aux répertoires d'action traditionnels qui permettent de peser sur les rapports de force, qui les opposent tantôt à l'Etat et à sa « *technostructure* », tantôt aux acteurs socio-économiques.

Au fond, les acteurs de la société civile rencontrés estiment que la nouvelle disposition ne transformera pas profondément ni le système institutionnel néo-corporatiste ni le jeu ordinaire autour de la production réglementaire. « *Cela ne va pas nous donner de possibilité*

nouvelles, cela ne fera que conforter ce qu'on fait de façon naturelle chaque fois qu'il y a des textes de cette nature. » (Organisation professionnelle). Les acteurs disent avoir leurs circuits d'influence et être déjà conviés dans les processus de décisions et de fabrique législative, *via* des instances de concertation qui travaillent « *en toute transparence.* » Les entretiens confirment ainsi à quel point l'administration consultative est bel et bien institutionnalisée. Même s'ils en soulignent aussi les limites, les acteurs rencontrés assurent que leurs organisations sont régulièrement concertées en matière d'élaboration réglementaire, de façon *ad hoc*, plus ou moins formelle, ou *via* des instances pérennes (organes consultatifs institués). Le Code de l'environnement prévoit ainsi la sollicitation d'associations de types divers, dont les associations d'utilisateurs.

C'est ce dont témoigne un représentant d'une association de pêcheurs. L'association siège dans les instances nationales. Elle participe aussi à diverses commissions instituées par le Ministère de l'environnement. Régulièrement, elle est associée à l'élaboration des lois et de la réglementation sur la pêche, et à la rédaction des arrêtés et des décrets. Elle prend également part à l'élaboration de documents de planification (Plans d'étiages, SDAGE, Plans de gestion des poissons migrateurs, etc.). « On a des contacts dans les administrations, on est donc au courant. La dernière procédure législative à laquelle nous avons participé c'est une procédure de classement des cours d'eau. On n'a pas besoin d'entrer par la fenêtre, car en général on nous sollicite très en amont des discussions, dans un cadre très formalisé avec un rôle clair. On essaie de ne pas se faire oublier : certaines institutions pourraient nous oublier quand cela paraît nous toucher de loin, comme la réglementation sur l'eau. Là on a eu une démarche très proactive ; car s'il y a de l'eau, il y a du poisson et donc du travail. »

Par ailleurs, le lobbying parlementaire et européen constitue une activité importante et décisive des acteurs socio-économiques et environnementalistes, dont ils témoignent de façon absolument décomplexée. Les acteurs insistent d'ailleurs sur une activité stratégique qui s'accommode de l'ombre et qui ne gagnerait rien à la publicité : que l'on se méfie des concurrents, des adversaires ou des contestataires, les acteurs socio-économiques comme environnementalistes reviennent longuement sur ce qu'il faut de jeu tactique et officieux pour obtenir la prise en compte réglementaire des intérêts et des causes défendus. Cet ancien directeur financier raconte qu'en ce qui concerne les textes réglementaires de nature financière et fiscale, il avait « *porte ouverte à Bercy. Si tôt que j'entendais parler d'un projet de texte, bon on en discute, c'est faisable, pas faisable, vous vous trompez, faut faire comme ci. Et ce n'était pas sur la place publique, c'est clair. Ça suppose de faire de la veille et c'est*

pour cela que je suis payé. C'est l'intelligence économique. Nous faisons un lobbying très large. » Du côté des associations environnementalistes, les témoignages vont dans le même sens. L'un des représentants précise ainsi que son association *« intervient de même auprès des parlementaires quand il y a un projet de loi, comme si on était un lobbyiste »*. Ces pratiques complètent la participation aux instances et consultations institutionnalisées. Elles prennent des formes diverses, plus ou moins affichées, dont l'écriture d'amendements.

« Le réseau juridique national a aussi une activité formelle qui consiste à faire des propositions de modification de textes de lois, des amendements. Dans notre réseau, il y a des profs de fac, des avocats qui sont eux-mêmes sollicités en tant que personnes qualifiées, en tant qu'experts. Concrètement, on a donc des gens qui travaillent très en amont sur la réforme des codes. » (ONG environnementaliste)

« Dans le groupe, certains ont cette charge et connaissent les Messieurs Amendements des autres acteurs. On connaît les mêmes personnes dans les ministères et sur les sujets qui nous intéressent, on a les élus qui sont experts du domaine, qui nous comprennent. Cela se croise notamment dans les couloirs de l'assemblée. C'est ça qui est efficace. Et arrêter de faire ça cela veut dire que l'on renonce à avoir une stratégie qui serve les intérêts de l'entreprise, mais aussi l'intérêt de la France. Le problème, c'est que la France ne fait pas assez de lobbying à Bruxelles. Les acteurs français ne sont pas assez présents ; quand on voit les Britanniques, eux sont très pragmatiques. On s'est trop longtemps assis sur les contraintes bruxelloises ; le nombre de contentieux en témoigne. Notre groupe a bien sûr un bureau à Bruxelles. » (Entrepreneur)

En matière environnementale, le niveau européen est prisé de tous les acteurs organisés rencontrés, même si des déplacements s'observent, comme l'explique ce représentant du monde agricole. *« Le lobbying est efficace pour contrecarrer un certain nombre de choses, mais davantage au niveau européen qu'au niveau français, car le niveau européen est plus fragile, plus ciblé aussi. Même si pendant longtemps les agriculteurs étaient seuls à faire pression. Depuis les autres se sont organisés, les environnementalistes notamment. L'agriculture n'est plus le domaine central, et d'ailleurs cela se joue ailleurs désormais, au niveau mondial et là on est moins bien organisé pour faire pression. »*

Tous lobbyistes !

« Le lobbying, il se passe surtout à Paris pour influencer le gouvernement et le parlement au mieux en faveur des entreprises, que les mesures soient les plus incitatives et les moins répressives dans tous les domaines en termes d'environnement mais évidemment aussi sur le social, le fiscal. » (Organisation patronale)

« Si vous prenez tout ce qui est sorti du Grenelle, ça a été, pas coécrit, mais la fédération a quand même beaucoup travaillé dessus. Il y a des fois où l'on rate des marches, comme par exemple sur l'amiante. » (Organisation professionnelle)

« Pour tout ce qui est l'aspect environnemental, la direction du développement durable a un dialogue permanent avec tous les gens qui élaborent la réglementation. Plus largement, l'élaboration de la politique énergétique française associe étroitement EDF, c'est l'opérateur principal. Donc dans toutes ses composantes, il y a un travail régulier entre les administrations en charge de ça et EDF, même si bien entendu, EDF n'est pas toujours entendu. Donc le fait qu'il y a une obligation nouvelle faite aux pouvoirs publics de consulter les opérateurs qui font partie du public, ça évitera peut-être qu'ils oublient de nous consulter, mais de mon point de vue, cela ne va pas nous donner de possibilité nouvelles, cela ne fera que conforter ce qu'on fait de façon naturelle chaque fois qu'il y a des textes de cette nature. » (Organisation professionnelle)

« Une partie de mon activité consiste en du lobbying sans que cela ne soit officiel. Cela ressemble à de l'argumentaire autour d'un café en marge des réunions de concertation ; cela consiste en des coups de fil pour expliquer les problématiques et pour faire passer des dossiers ; cela consiste en des mails aux gens de l'administration, en disant : voilà un argumentaire pour faire passer tel dossier, telle idée ; vous avez besoin d'arguments scientifiques pour – je l'ai fait encore hier soir – appuyer un dossier, il se trouve que moi j'ai la bibliographie qu'il faut, donc je fais passer le document qui permet de faire pencher la balance. » (Organisation professionnelle)

« Il paraît que c'est un gros mot « lobbying ». La fédération fait pourtant du lobbying de manière informelle même si elle le nie parfois mais elle fait aussi des choses beaucoup plus visibles avec un communiqué de presse qui tombe par jour sur les propositions de loi en cours, les amendements, etc. » (ONG environnementaliste)

« Nous avons des représentants à Bruxelles qui font un lobbying intense pour que la France modifie ses lois, pour qu'elle se mette en conformité avec la réglementation européenne. Il y a le bureau européen de l'environnement, c'est pour nous une des composantes de la modification des lois. Ensuite il y a le dernier recours, la cour européenne de justice. Ce lobbying européen intense est indispensable. » (ONG environnementaliste)

« On fait du lobbying bien sûr. Pour nous, le contentieux c'est quand on a échoué avant. Sur le législatif, s'il y a des phases de concertation très en amont, clairement on y participe, de la même manière qu'on participe à des consultations européennes. Ensuite, dans la phase parlementaire, on est en rapport avec un ensemble de députés et de sénateurs auxquels on fait valoir notre analyse dans le cadre de la durée du traitement du texte. On peut avoir des députés qui nous sollicitent pour avoir un avis dans le cadre d'un texte qu'ils ont à voter ou dans le cadre d'un rapport qu'ils sont en train de faire. Ça arrive régulièrement qu'on nous auditionne, ça dépend de notre champ de compétences. Moi, j'ai plusieurs auditions par an au niveau du Parlement sur les champs dont je m'occupe. À côté de ça, on n'attend pas forcément d'être sollicité en ce qui concerne les projets de loi. On fait un travail en amont et on a des propositions à leur faire. Après la difficulté, c'est de déposer les choses dans les formes, mais on a dans notre équipe quelqu'un qui s'en occupe » (ONG environnementaliste)

« Les Français comprennent très mal le parlement européen qui fonctionne sur un modèle anglo-saxon. Pourtant, les députés écologistes européens obtiennent beaucoup plus que les députés écologistes au parlement français. Parce qu'ils font du lobby avec les autres groupes pour essayer de défendre la même idée. En France, on en est encore au clivage droite-gauche. Au parlement européen, ils ont dépassé ça. Moi, je ne suis pas opposé au lobbying. Je suis un admirateur du fonctionnement du parlement européen. Je trouve que cette politique de couloir, ça apporte des choses intéressantes. Il y aura toujours des gens qui feront du lobbying mais je préfère du lobbying organisé à du lobbying déguisé où l'on soudoie presque quelqu'un pour obtenir ce qu'on veut. » (Elu)

Pour les acteurs socio-économiques, au fond, l'imperfection du texte est plutôt perçue comme une garantie que le jeu des pressions et de l'influence ordinaire ne sera pas troublé par une publicité dommageable. Au mieux concèdent-ils comme un représentant d'une organisation patronale, que l'article 244 pourrait permettre de formaliser les démarches habituelles et de donner plus de poids aux revendications. *« C'est-à-dire qu'aujourd'hui on formulait un avis, on faisait remonter un courrier à en-tête en disant que les entreprises n'allaient pas être très contentes de telle loi. C'était une communication officielle mais qui n'avait pas plus de poids que ça. J'ai l'impression, mais encore faut-il voir dans les faits, qu'avec cette loi ça permettrait de donner tout de suite une légitimité et une écoute à la requête. »* Même appréciation pour cet industriel qui estime que *« le texte permettra peut-être de donner un caractère plus officiel à des processus qui existent déjà de dialogue. Mais il y aura toujours des négociations entre initiés. Ce n'est pas pour cacher les choses, mais il y a des problématiques extrêmement complexes qui ne gagneraient rien à être débattues sur la place publique. Exemple – le modèle d'établissement des tarifs de l'électricité. Honnêtement c'est quelque chose, y a qu'en France qu'on est capable de faire ça avec une armée de Polytechniciens. »* (Organisation patronale)

Et c'est bien le regret de certaines organisations environnementalistes, qui de leurs côtés jugent qu'un surcroît de concertation juridiquement encadrée sur les textes réglementaires promettait de réduire l'asymétrie des rapports de force qui leur était défavorable. Si l'exemple de l'Union Européenne est régulièrement cité, c'est sans doute car son modèle légitime la participation des groupes d'intérêt tout en l'encadrant par des mécanismes de contrôle et en instituant aussi des mécanismes de participation citoyenne. (Saurugger, 2003) En France, en dépit des réformes récentes en la matière, la transparence n'est pas de mise et l'asymétrie demeure entre les acteurs qui souhaitent peser sur la loi et la réglementation. Si tous assument une pratique lobbyiste qui tend à gagner en légitimité, personne n'oublie qu'elle participe aussi *« d'une distorsion subtile du processus démocratique. »* (Arroyo, 2004.) *« J'ai été auditionné à ma demande par les services de l'Etat, sans difficulté, se souvient cet élu local écologiste. Le problème, c'est le lobbying des publicitaires, comme sur l'eau ou les autres enjeux environnementaux. De façon générale, on est toujours en position de faiblesse. Les associations environnementalistes sont faibles : c'est 15 papys, le poids est limité. C'est tout le problème du mouvement écologiste en général. »* (ONG environnementaliste) Dès lors pour ce type d'acteur, là encore, l'article 244, s'il offre une possibilité complémentaire ne devra pas être la seule ressource d'action. Le répertoire

traditionnel ne saurait être délaissé sous peine de perdre sur tous les fronts. Pour cette militante écologiste, le « *système de la tenaille* », alliant mobilisation collective et actions au plus près du législateur, a donc encore de l'avenir :

« On pratique ce que j'appelle le système de la tenaille. C'est-à-dire que quand on est dans un mouvement fédératif, les associations de terrain directement en prise avec un dossier vont faire des manifestations, distribuer des tracts et les choses de ce type. Nous, la fédération, on va plus être dans un niveau du ... lobby..., d'un plaidoyer direct vis-à-vis des pouvoirs publics pour arriver à obtenir des choses très variables selon les dossiers : ça peut être la transmission d'un document, la mise en place d'un espace de concertation, une inspection sur quelque chose, etc. La tenaille, c'est évidemment une image mais chaque branche a une utilité, il y a une sorte de complémentarité » (ONG environnementaliste)

Ce militant environnementaliste défend la même ligne de conduite : *« Et donc, la synergie entre l'action juridique et la mobilisation sur le terrain est en général extrêmement pertinente et on arrive à un certain nombre de résultats. Si vous n'avez que l'action juridique, vous êtes très limité. Si vous n'avez que la mobilisation sur le terrain, vous avez une audience, vous avez un impact médiatique, mais il vous manque quelque chose. »* Les organisations environnementalistes entendent d'ailleurs dans ce texte une ressource supplémentaire de recours en justice, pour des motifs procéduraux. *« On est dubitatif, saturé, cela ne change rien pour nous. Les lois c'est 6 mois, 1 an avant qu'il faut faire du lobbying. Il faut s'assurer qu'elles sont cohérentes avec ce que décide l'Europe. Mais maintenant l'outil est créé, il faut qu'on réfléchisse à la façon dont on peut s'en servir. D'autant que la loi ne s'use que si on ne s'en sert pas. Si les associations, les groupes de pression s'aperçoivent que cela peut servir, notamment à bloquer un projet, elles pourront s'en saisir. Cela pourrait nous servir pour ester en justice comme argument, pour dire que cela n'a pas été respecté. Cela peut servir comme moyen juridique pour contester la loi. »*

Même si « *le recours en contentieux signifie qu'on a échoué avant* », toutes les possibilités de recours demeurent des armes souvent maîtrisées et efficaces, dans les juridictions nationales et européennes. C'est ce dont témoignent les associations environnementalistes : *« Un recours à titre gracieux, c'est quand on demande à une administration de bien vouloir retirer une décision parce qu'on estime qu'elle n'est pas la*

bonne. Après, on passe au contentieux dans la mesure où le recours gracieux n'a pas fonctionné. Quand on va au contentieux, on va au pénal ou à l'administratif » Aussi, la conclusion de cet élu est-elle nette : *« Cela ne suffit donc pas de faire de la participation et /ou de la négociation en amont : le recours en contentieux reste une arme. »*

B. Quelle place pour le public ?

Les citoyens interrogés estiment qu'en l'état du texte, seuls les groupes organisés, les lobbies, verront leur intérêt et sauront se saisir de cette ressource – en particulier car le délai minimal de 15 jours ne peut que favoriser les acteurs préalablement mobilisés et organisés. La procédure pourrait donc ne pas toucher le « grand public ». Le texte ne « *va pas suffisamment chercher les gens* », regrette ce citoyen qui pense qu'il ne sera donc pas approprié. La question est bien de savoir « *qui veut-on voir participer ?* » Si ce droit supplémentaire ne cible que les associations et les lobbies, alors il perd de son intérêt et de sa portée sociale.

Mais, toujours ambivalents, les citoyens interrogés incriminent aussi la procédure parce qu'elle prétend s'adresser au public, soient aux citoyens en tant qu'individus atomisés, comme on l'a vu : elle est alors décriée à l'inverse comme légitimant des propos individuels, isolés, une « *agrégation d'individualités* », ce qui serait nuisible à l'élaboration réglementaire qui doit prendre nécessairement pour horizon l'intérêt général. Ils reconnaissent aussi avoir le réflexe de s'adresser au milieu associatif, quand ils souhaitent se faire entendre. C'est particulièrement vrai sur les questions environnementales et celles qui touchent au cadre de vie. De ce point de vue, les associations rencontrées assument ce rôle d'intermédiaire.

« (Ce texte) nous concerne car nous faisons partie du public, on est le public organisé. Donc cela nous concerne, car dans les débats publics, les enquêtes publiques, dans 90% des cas ceux qui participent c'est les associations. Nous associations, nous organisons les voix isolées du public. Les citoyens nous consultent, on leur dit qu'il faut se grouper ; il n'y a pas beaucoup de francs tireurs ou d'individualiste dans le public. Le citoyen aura toujours intérêt à être en lien avec les associations car il n'est pas informé, il faut connaître le dossier pour être pertinent, il faut des compétences. En 15 jours, il ne fera rien tout seul. » (ONG environnementaliste)

Pour cet élu écologiste, les associations reconnues dont la représentativité est incontestable, doivent prendre en charge la parole des citoyens. Si le public a un rôle à jouer, c'est alors sur le mode de « *la surveillance : le décret est-il en accord avec la loi ? Le décret est-il appliqué ?* » L'exigence de publicité s'impose alors.

De fait, la place réservée au public par le dispositif est jugée problématique selon une argumentation contradictoire, et cependant classique : le dispositif paraît tantôt insaisissable pour un public de citoyens envisagé comme indifférencié et malhabile – l'article 244 est alors jugé alors trompeur et manquerait sa cible - ; tantôt il est perçu comme autorisant sans restriction une participation de ce même public indifférencié et atomisé, participation jugée cette fois douteuse si elle devait conduire à mettre en équivalence les propos mal éclairés et partiels des citoyens et les prises de positions des acteurs de la société civile, des positions estimées plus légitimes dès lors qu'elles seraient informées, argumentées et collectivement construites. De ce point de vue, l'article 244 vient à la fois répondre à la tension entre régime néo-corporatiste et régime participatif, sans pleinement l'épuiser.

CONCLUSION

De façon générale, du côté des acteurs de la société civile, organisés ou pas, les écueils classiques des dispositifs et des démarches participatives sont donc pointés : difficulté d'accès à l'information, délais trop courts pour élaborer un point de vue argumenté, légitimité relative de chacun à exprimer son point de vue (seuls pourront s'exprimer : les experts, les groupes organisés, ceux qui sont contre ...), doutes sur la réelle prise en compte des avis, absence de garanties... Et domine donc un scepticisme critique.

Plus encore, le décalage est net entre la réception de l'article 244 par les acteurs rencontrés et la perception des juristes et des spécialistes qui, tout en pointant les limites du texte, reconnaissent aussi le caractère innovant de la disposition. Pour ces derniers, l'article 244 vient indéniablement combler un vide juridique et ouvrir un champ de pratiques impossibles jusqu'alors dans le régime français. Aussi, notre recherche rejoint-elle des observations déjà soulignées par d'autres : la demande sociale en matière d'élargissement de la participation à la production réglementaire est faible. (Anquetin, Freyermuth, 2008)

Toutefois, la recherche révèle aussi que face à une nouvelle offre publique de participation, citoyens et acteurs de la société civile ne demeurent pas indifférents. Au fond, ils demandent à voir et malgré la défiance, et sous réserve d'inventaire, leurs analyses du texte permettent de repérer un certain nombre d'aspirations propres à parfaire le dispositif. L'attente d'une clarification d'un certain nombre de principes et notions, d'une publicité accrue, d'un temps conséquent pour pouvoir se prononcer et pour mieux éclairer l'administration, d'une garantie quant au devenir des avis et à leur équitable traitement, d'une justification ex post des arbitrages administratifs... bien des points soulevés et des suggestions sont pleinement constructifs.

Aussi si l'existence d'un texte de loi n'est pas une garantie suffisante de son effectivité, on ne peut sans doute pas non plus préjuger des usages qui en seront faits au seul regard de ces appréciations, dont on a vu aussi qu'elles pouvaient être ambivalentes. Les jugements portés sur un droit informent bien sûr en partie sur les conditions de son appropriation, mais en partie seulement. Reste à voir maintenant si et comment ce droit est mobilisé.

BIBLIOGRAPHIE

- Anquetin V., Freyermuth A. (dir.), *La figure de l' "habitant" . Sociologie politique de la « demande sociale »*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008.
- Arroyo E.B., « Les lobbies dans la démocratie », *Projet*, 2004/2, n°279, p. 60-65.
- Barbier R., « Quand le public prend ses distance avec la participation. Topiques de l'ironie ordinaire », *Natures, Sciences, Sociétés*, n°13, 2005, p. 258-265.
- Belrhadi-Bernard H., « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2011/1, n°137-138, p. 181-192.
- Bohman J., *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, London, The MIT Press, 1996
- Bourg D. & Whiteside K., *Vers une démocratie écologique*, Paris, La république des Idées, Seuil, 2010.
- Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, Paris, La documentation française.
- Delmas M., Toffel M. W., « Stakeholders and environmental management practices: an institutional framework », *Business Strategy and the Envir.*, 2004, n°13, p. 209-222.
- Elster J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Habermas J., *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997
- Krzatata-Jaworska E., « Internet : complément ou alternative à la démocratie représentative ? », *Participations*, 2012/1, n°2, p. 181-191.
- Michel H., « Pour une sociologie des pratiques de défense : le recours au droit par les groupes d'intérêt », *Sociétés contemporaines*, 2003/4, n°52, p. 5-16.
- Negt O., *L'espace public oppositionnel*, Paris, Payot, 2007.
- Reed M. S., « Stakeholder participation for environmental management: A literature review », *Biological Conservation*, 2008, n°141, p. 2417-2431.
- Rancière J., *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard, Coll. Folio Essais, 2004.
- Rosanvallon P., *La contre-démocratie*, Paris, Seuil, 2006.
- Rui S., Villechaise A., « Les associations face à la participation institutionnalisée. Les ressorts d'une adhésion distanciée. », *Espaces et Sociétés*, n°123, 4/2005
- Saurugger S., « Les groupes d'intérêt entre démocratie associative et mécanismes de contrôle », *Raisons politiques*, 2003/2, n°10, pp. 151-169.
- Sintomer Y., « Délibération et participation : affinité élective ou concepts en tension ? », *Participations*, 2011/1, n°1, p. 239-276.

CHAPITRE 4 : UNE PUBLICISATION DE LA PRIVATISATION DU PROCESSUS DE PRODUCTION RÉGLEMENTAIRE MISE EN ŒUVRE ET EFFETS DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI GRENELLE 2

Par Cécile Blatrix, Professeur de Science Politique à AgroParisTech/CESSP

Introduction

Dans la mythologie de l'action publique, un nombre limité d'acteurs entre un jeu : dans le cadre d'un intérêt général défini par l'Etat, le politique, éventuellement éclairé par des experts, décide, et l'administration met en œuvre. Cette conception de la décision, largement relayée par les acteurs eux-mêmes pour qui elle relève parfois d'une véritable idéologie professionnelle, a été largement déconstruite par les sciences sociales. Le droit, la sociologie et la science politique fournissent une pluralité d'angles d'analyse qui conduisent à souligner le rôle d'acteurs non étatiques, qui semblent prendre une place de plus en plus importante dans l'action publique. Une littérature abondante souligne ainsi l'élargissement du nombre et du type d'acteurs intervenant non seulement dans la mise en œuvre, mais aussi dans la définition de l'action publique. De nombreuses catégories d'analyse ont été proposées afin d'appréhender le rôle des acteurs non étatiques : (néo) corporatisme (Lembruch, Schmitter); gouvernance ; réseaux d'action publique (*policy networks*) (Richardson, Jordan, 1979 ; Marsh, Rhodes, 1992); communautés épistémiques (Haas) ; modèle de l'Advocacy coalition network (Sabatier, Jenkins-Smith, 1993)... On ne reviendra pas ici sur les enjeux liés à l'usage de telle ou telle catégorie ; c'est la combinaison du caractère formel (cas du néo-corporatisme) et de réseaux plus lâches, informels voire « invisibles » (l'ensemble des autres notions) qui nous paraît ici devoir être souligné. Récemment, ont ainsi été soulignés les rôles des *think tanks* d'une part, et des bureaux d'études et cabinets de consultants dans la construction des politiques dans des domaines très divers¹⁰¹.

¹⁰¹ Bien souvent en lien avec une nouvelle obligation juridique, qui constitue un nouveau marché : voir par exemple, la mise en œuvre de la loi de 1996 sur les marchés publics, qui a conduit de nombreuses collectivités territoriales à faire appel à des bureaux d'études pour les aider et rendre plus « impartiale » la sélection des candidatures. Autre exemple, les besoins d'accompagnement des entreprises et des collectivités locales du fait de la Responsabilité Sociale des Entreprises et de l'obligation de réaliser des bilans annuels de leurs politiques en matière de développement durable. Sur le rôle des consultants, on peut se reporter à deux publications récentes : François-Mathieu Poupeau, David Guéranger et Stéphane Cadiou « Les consultants font-ils (de) la politique ? », *Politiques et management public* 2012, 29 (1). Dans le champ de la concertation, voir : Quaderni, n°79, automne 2012, Produire la démocratie. Ingénieries et ingénieurs de l'offre publique de participation.

L'analyse de l'élaboration de ces décisions publiques que sont les textes réglementaires nationaux, constitue une entrée particulièrement éclairante pour saisir ce rôle des acteurs non étatiques dans l'action publique. A travers quels processus administratifs, mais aussi sociaux et politiques, ce travail d'élaboration normative est-il traversé, et quelles en sont les manifestations ? En quoi le nouveau dispositif mis en place par l'article 244 de la loi Grenelle 2 est-il susceptible de modifier ce système d'action ?

On peut en effet penser que l'ouverture d'une forme de consultation du public ouverte, au delà des seuls groupes de pression organisés, peut conduire à des transformations dans les pratiques de l'ensemble des acteurs engagés jusqu'ici dans l'élaboration des actes réglementaires et pourrait même avoir des effets sur leur capacité plus ou moins grande à influencer sur le contenu des décisions. La question centrale consiste donc à interroger la capacité du dispositif à élargir le cercle des acteurs engagés, voire à mettre en cause l'équilibre des rapports de forces entre les intérêts en présence lors de l'écriture des règlements ayant une incidence significative sur l'environnement. L'existence de cette phase de mise en ligne est-elle favorable à une plus grande prise en compte des préoccupations environnementales, ou ne fait-elle que refléter, voire consolider le poids des acteurs structurellement les plus à même d'influencer sur la décision – qui, on le sait, sont rarement des acteurs environnementaux ?

La majorité des décrets auxquels le dispositif va s'appliquer durant les deux années sur lesquelles porte notre étude (mars 2010- mars 2012) est issue des lois Grenelle. Notre étude constitue ainsi, indirectement, une forme d'évaluation des effets du Grenelle et des impacts des textes qui en sont issus, non seulement du point de vue de la concertation mais aussi du point de vue de l'environnement.

Méthodologie

Plusieurs outils ont été combinés dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de l'article 244.

Un tableau de suivi des consultations mises en ligne sur le site du MEDDE de mars 2010 à mars 2012¹⁰² a été constitué. On s'est également appuyés sur la campagne d'entretiens semi-

¹⁰² Ce tableau comporte les rubriques suivantes: Type de texte ; Porteur ; Intitulé/ Thème ; Nombre de commentaires : cette rubrique n'a pu être renseignée qu'au cas par cas, faute d'une communication publique de ce chiffre. Les chiffres mentionnés dans notre tableau se basent soit sur les données issues des entretiens, soit sur les chiffres mentionnés dans l'étude d'impact de la loi relative à la mise en œuvre du principe de participation (chiffres qui ne couvrent qu'une petite partie de la période que nous avons analysée) ; Textes de référence ; Référence du texte final ; Délais de consultation ; délai entre la consultation et la publication du texte final. Ce tableau de suivi sera disponible début 2013 sur le site du CIDCE : www.cidce.org.

directifs réalisée¹⁰³. Parmi les difficultés rencontrées, signalons que nous n'avons pas pu avoir accès, ou de façon trop partielle pour que cela soit exploitable dans le cadre de la recherche, aux textes des contributions déposées par le public¹⁰⁴.

Dans un second temps nous avons procédé, pour certains textes se dégageant du matériau recueilli, à une analyse plus fouillée en nous appuyant sur la constitution d'une revue de presse (presse généraliste mais aussi spécialisée en matière d'environnement, et presse spécialisée en direction des collectivités locales); les sites internet des acteurs et organisations impliqués ont été également exploités (commentaires des décrets, communiqués de presse, référence à des actions passées ou à venir, etc.). Une analyse documentaire a porté sur les versions successives des textes, ainsi que, le cas échéant, les recours, leurs résultats et les commentaires de ces résultats; ainsi que, dans les cas où nous y avons eu accès, la synthèse des contributions recueillies.

Après avoir rappelé les spécificités des politiques en matière d'environnement du point de vue du type de relation avec les acteurs non étatiques, on s'interrogera sur les effets de l'existence de ce nouveau dispositif sur la manière dont les règlements sont élaborés, sur la base notamment des analyses du fonctionnement de ce dispositif aux Etats-Unis (I).

On verra ensuite comment la nouvelle offre de participation proposée est mise en pratique depuis 2 ans et comment elle est appropriée progressivement par l'ensemble des acteurs de la gouvernance à cinq. Cette appropriation est inégale selon les acteurs considérés qui font face à des contraintes de différentes natures. Même si les acteurs ont tendance à minimiser la portée de ce nouveau dispositif, il semble bien à la fois porteur et indicateur de transformations profondes, bien que lentes et peu visibles, des conditions de production de l'action publique environnementale (II).

L'analyse plus détaillée de quelques cas donne à voir les jeux croisés auxquels donnent lieu l'élaboration des règlements d'application des lois Grenelle. Le processus d'élaboration des règlements peut être lu comme un jeu de construction, qui par définition n'est jamais achevé une fois pour toutes mais peut toujours être recommencé, jeu de société, où le cercle des joueurs, désormais élargi, se joue pour partie en présence de spectateurs potentiels (III).

¹⁰³ Voir le chapitre 1.

¹⁰⁴ Nous tenons cependant à remercier les services qui en ont accepté de nous communiquer ces éléments pour certains textes.

I. Acteurs privés, action publique : la position structurellement dominée de l'administration de l'environnement

Les caractéristiques de l'action publique en matière d'environnement doivent avant toute chose être resituées dans le cadre du système politico-administratif dans lequel elle s'inscrit. Le régime politique de la Vème République est marqué par l'avènement de ce que Bruno Jobert et Pierre Muller ont appelé le « référentiel modernisateur », caractérisé par l'alliance des hauts fonctionnaires et des représentants socio-professionnels dans une forme de corporatisme sectoriel contrôlé par l'Etat (1986 ; voir aussi Muller 1984)). La Vème République est ainsi marquée par une transformation des ressources politiques légitimes, et un rôle croissant de l'expertise et de la haute fonction publique.

Pour décrire ce qu'il nomme « le milieu décisionnel central », Pierre Muller distingue quatre cercles de la décision:

- 1er cercle : Président de la République et son entourage, Premier Ministre, Ministre des Finances...: Arbitrage entre la compétition partisane et les exigences de la régulation politique
- 2ème cercle : Administrations sectorielles : ajustement des intérêts sectoriels aux exigences politiques plus larges
- 3ème cercle : Acteurs extérieurs à l'Etat : organisations professionnelles, syndicats, associations
- 4ème cercle : Parlement, organes juridictionnels

Comme on le voit, le Parlement et les organes juridictionnels sont relégués dans le 4^{ème} cercle, alors que certains acteurs extérieurs à l'Etat peuvent avoir une influence beaucoup plus stratégique sur les politiques publiques sur lesquelles ils interviennent. Si P. Muller précise bien que les contours de ce milieu décisionnel central varient selon le domaine concerné, la nature de la décision et les conditions de sa négociation, cette analyse est significative de la hiérarchie que l'on peut dresser *a priori* des capacités d'influence respective des acteurs en présence. Rappelons également que les parlementaires eux-mêmes n'ont qu'une vision très limitée des étapes de l'élaboration des textes réglementaires issus des lois qu'ils ont votées.

Comment appréhender le rôle joué par le « 3^{ème} cercle », à savoir l'ensemble des acteurs extérieurs à l'Etat, dans le processus de fabrication des règlements ? Cette question constitue

un point aveugle dans la science politique et la sociologie¹⁰⁵. En effet, la production réglementaire a été nettement moins étudiée que la manière dont les règlements une fois produits étaient mis en œuvre localement. Ainsi, la sociologie politique et la sociologie de l'action publique ont bien montré les ajustements et multiples micro-décisions qui se jouent au moment de la mise en œuvre des règlements. Toute une tradition d'analyse, issue de la sociologie des organisations et de la sociologie du pouvoir local (Crozier et Friedberg, Grémion, etc), s'intéresse ainsi à l'implémentation des décisions réglementaires de l'Etat et souligne leur caractère largement négocié. Pierre Lascoumes met ainsi en évidence l'existence de « normes secondaires d'application » (Lascoumes, 1990) qui reflète la tension entre le projet et les intentions du législateur, les ressources juridiques instituées, la façon dont elles sont ensuite mobilisées par les acteurs en situation. De son côté Pierre Bourdieu a bien montré comment « Le jeu avec la règle fait partie de la règle du jeu », le fonctionnement réel de l'ordre bureaucratique reposant sur « *la casuistique infiniment subtile du droit et du passe-droit* » (Bourdieu, 1990 : 89). C'est une vision plus distanciée de la « décision » qui est ainsi proposée par ce champ de recherches, décision dont le moment n'est jamais isolable et qui doit plutôt être vue comme un continuum que comme un moment précis et aisément identifiable. Ces analyses ont aussi permis de caractériser le fonctionnement du système politico-administratif français. Pour reprendre la formule de Pierre Grémion, le pouvoir en France n'est ni centralisé, ni décentralisé, il est périphérique : la notion de « pouvoir périphérique » doit ainsi s'entendre non pas comme opposant un Etat central et des territoires périphériques, mais comme désignant l'ensemble de ce qui se joue dans les interstices de la logique bureaucratique. Bon nombre de ces conclusions formulées avant les grandes lois de décentralisation restent valables aujourd'hui.

L'analyse des politiques publiques est donc souvent une analyse de leur mise sur agenda d'une part, et de leur mise en œuvre d'autre part¹⁰⁶. Les étapes en amont de la décision restent moins étudiées. Quelques expériences participatives en amont de la production législative ou réglementaire font exception, et ont parfois pu être analysées. On a ainsi évoqué, dans le

¹⁰⁵ Parmi les rares travaux récents, citons le travail d'Emmanuel Martinais, qui a étudié le cas du Plan de prévention des risques technologiques créé par la loi du 30 juillet 2003, qui a rendu nécessaire la révision du cadre réglementaire de la prévention des risques industriels. Il souligne l'importance du recyclage de savoir-faire préexistants, et du « déjà-là », qui marque le travail des fonctionnaires du ministère de l'Ecologie : c'est ainsi que le cadre méthodologique des risques naturels va être transposé au domaine des risques technologiques.

¹⁰⁶ C'est ainsi que J.G. Padioleau s'intéresse à certains aspects de la formation des politiques : mise sur agenda dans un article célèbre sur les mécanismes de construction et de régulation de l'agenda politique (loi sur l'IVG) et rôle des intérêts et des stratégies des acteurs dans l'élaboration des voies d'action gouvernementales (lutte contre le tabagisme).

chapitre 1, le cas du processus d'élaboration de la charte de l'environnement, dont les modalités d'élaboration ont été l'occasion d'une consultation publique qui n'a cependant guère marqué les esprits.. Le débat national sur l'eau peut également être évoqué ici ¹⁰⁷. Mais l'élaboration des textes réglementaires est d'autant moins étudiée que contrairement à l'élaboration des lois, elle restait jusque-là un processus non public et non transparent. C'est par des voies « informelles », ad hoc, que certains acteurs, choisis discrétionnairement et en toute opacité, peuvent être associés à l'élaboration des règlements avant la loi Grenelle 2, en complément le cas échéant de l'avis d'organismes consultatifs.

En France la participation en amont d'un texte gouvernemental est généralement organisée au seul profit de représentants d'intérêts choisis et nommés par l'administration pour siéger dans des comités ou commissions consultatives qui, selon les cas, peuvent ou non donner un « avis » sur le projet de décret¹⁰⁸. Un grand nombre d'instances consultatives interviennent dans le processus d'élaboration réglementaires en matière d'environnement, selon des configurations variables selon les enjeux considérés¹⁰⁹. Parmi ces instances qui jalonnent le processus d'élaboration réglementaire, les associations de défense de l'environnement, généralement agréées, sont représentées parmi une grande diversité d'acteurs et d'intérêts. Le « milieu de soutien » que constitue le mouvement associatif écologiste d'une manière

¹⁰⁷ Sur ce dernier dispositif, voir S. Rui, « Le public fait-il la loi ? Le débat national sur l'eau entre injonction participative et néo-corporatisme », *Politix*, n°75, 2006. Voir aussi le débat national sur l'avenir de l'Ecole étudié par Alice Mazeaud, qui souligne la reprise, dans le cadre de ce débat, d'un « jeu routinier », le débat se structurant autour des partenaires traditionnels du processus de décision (Mazeaud, 2006 : 146), même si ces derniers se voient à leur tour frappés par l'impératif participatif dans la relation qu'ils construisent avec leur « base ».

¹⁰⁸ Ce mécanisme est celui de « l'administration consultative » aujourd'hui fortement institutionnalisée, au point d'avoir engendré un phénomène notabiliaire de type particulier. Cette forme de participation canalisée et restreinte a donné lieu à de nombreuses études juridiques. Y. Weber, *L'administration consultative*, 1968 ; L. Sfez, *Critique de la décision*, Paris, Presses de Sciences Po, 1981 ; L. Sfez, *La décision*, Paris, PUF, 1984.

¹⁰⁹ La liste de ces instances a été établie par le décret 2011-833 du 11 juillet 2011 fixant la liste des instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable. Elles sont 20 au plan national, 6 au plan régional et 6 au plan départemental. On distingue les instances consultatives à vocation généraliste, comme le Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement, et des instances consultatives à vocation spécialisée (Comité national de l'eau, Conseil national du bruit, etc. Au niveau régional sont également distinguées les instances consultatives à vocation généraliste (conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux ; conseils de la culture, de l'éducation et de l'environnement) et les instances consultatives à vocation spécialisée (comités de bassin ; commissions régionales de l'économie agricole et du monde rural ; commissions régionales de la forêt et des produits forestiers ; comités régionaux « trames verte et bleue »). Au niveau départemental, il ne s'agit que d'instances consultatives à vocation spécialisée (conseils départementaux de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques ; commissions départementales de la nature, des paysages et des sites ; commissions départementales d'orientation de l'agriculture ; commissions départementales d'aménagement foncier ; commissions départementales de la consommation des espaces agricoles ; commissions départementales de la chasse et de la faune sauvage).

générale, coexiste avec les représentants des acteurs qui potentiellement impactés par les décisions en matière d'environnement (parfois appelés les « régulés »).

Le rôle de cette administration consultative organisée au profit de tel ou telle type d'acteur selon les secteurs d'action publique considérés, a été analysé en termes de néo-corporatisme. Cette notion de néo-corporatisme renvoie à un type d'échange privilégié, constant et largement institutionnalisé avec des acteurs extérieurs à l'Etat. Elle renvoie à une tendance générale des sociétés contemporaines à l'association institutionnelle des instances politiques et administratives et des organisations représentatives d'intérêts qui chacune dans son secteur, jouissent d'un véritable monopole de la représentation des acteurs concernés. L'Etat reconnaît et consacre le monopole de représentation d'un nombre limité d'organisations, notamment syndicales, dans leurs secteurs respectifs d'activités. Ces organisations sont en quelque sorte « agréées » et ne craignent aucune compétition dans leur secteur propre. Fortement bureaucratisées, souvent fédérées pour négocier collectivement avec l'Etat, elles assurent une représentation essentiellement fonctionnelle des groupes professionnels.

Le néo-corporatisme renvoie donc à un système général de transactions sur les orientations générales d'un pays impliquant les représentants de l'Etat et des groupes d'intérêt, où chacun trouve son compte : D'un côté, l'Etat assure aux organisations une reconnaissance officielle, voire leur garantit un monopole de représentation (par exemple pour présenter des candidats aux élections professionnelles) ; il les subventionne, offre à leurs dirigeants des perspectives de carrière, les associe à la définition collective des politiques publiques... De l'autre, les organisations garantissent que les compromis élaborés seront respectés par leurs adhérents et participent ainsi à leur mise en œuvre effective. Selon Lembruch et Schmitter, à qui l'on doit ce cadre théorique, ce type de système peut aller jusqu'à marginaliser les formes de délibération classique de la démocratie politique (le Parlement par exemple). (cf social-démocratie européenne; Suède ou Autriche).

Dans le cas français, les auteurs qui se sont penchés sur cette questions ont conclut à un « néo-corporatisme à la française », caractérisé par une logique sectorielle très forte: un acteur professionnel quasi monopolistique et fortement institutionnalisé, qui oriente la politique publique dans un secteur donné, et prend en charge une partie de sa mise en œuvre¹¹⁰. Ce néo-

¹¹⁰ Pierre Muller analyse ainsi le tournant modernisateur de l'agriculture française après la seconde guerre mondiale, en particulier l'élaboration de la loi d'orientation agricole, négociée en 1960 entre l'état-major du CNJA et les sommets de l'exécutif. Il souligne le rôle crucial joué par un groupe de jeunes agriculteurs, la plupart issus de la JAC, qui prennent la direction du CNJA puis de la FNSEA. Le syndicat s'affirme comme le représentant quasi unique de la profession agricole, prend en charge la modernisation du secteur ce qui génère des incitations à la syndicalisation (le syndicat décide de l'attribution des primes et des aides). Pierre Muller, *Le Technocrate et le Paysan*, 1984.

corporatisme sectoriel se traduit ainsi de façon particulièrement significative, dans le paysage participatif français, par la multiplicité d'instances consultatives qui contribue à la régulation du secteur. Dans le domaine de l'environnement, ces instances sont fort nombreuses, et sont organisées à la fois selon les échelles territoriales et le type d'enjeux.

L'accès à la décision est donc une ressource politique essentielle, qui permet à un acteur de faire avancer ses intérêts. Or, souligne Pierre Muller, « la complexité croissante du management public a modifié le code d'accès aux circuits de décision et suppose, de la part des groupes d'intérêt, une véritable stratégie de participation au processus de fabrication des politiques, dont les mouvements écologistes ont pu paraître dépourvus contrairement à d'autres types d'organisations (organisations ouvrières dans les travaux du Plan ; organisations agricoles dans les années 60...). Le « poids social » des intérêts que les administrations ont à défendre explique en effet largement leur place dans la hiérarchie administrative. Dans la mesure où elle est en contradiction avec des intérêts économiques la politique de l'environnement est ainsi, dès ses origines, dans une position défavorable, sauf cas exceptionnels où cette faiblesse est compensée par un appui politique et/ou par une mobilisation.

C'est ainsi que, comme l'a très bien montré Calliope Spanou, l'administration de l'environnement, structurellement faible a été conduite, dès la naissance de cette politique, à entretenir une relation étroite avec son « milieu de soutien »¹¹¹. Et ces relations vont se tisser aussi bien dans le cadre de réseaux formels que plus informels. C. Spanou décrit très clairement le mode de fonctionnement qui se met en place et la division du travail pratique qui s'opère, en fonction du type d'action à mener. C'est le cas en ce qui concerne les recours contentieux où une sorte de « système d'alerte » joue dans les deux sens pour contrebalancer la position de faiblesse dans laquelle l'administration de l'environnement peut se trouver vis-à-vis de types d'intérêts relayés par ailleurs par d'autres administrations¹¹².

¹¹¹ « La faiblesse des nouvelles administrations les conduit à plonger leurs racines dans leur environnement social afin d'obtenir les ressources indispensables à leur action ; réseau d'information, d'alerte et de démultiplication de l'action administrative, les associations leur sont à cet égard précieuses » (Spanou, p. 153)

¹¹² « Il arrive d'ailleurs que les associations complètent l'action du ministère en entreprenant des actions que lui-même ne peut pas entreprendre, par définition : par leurs recours aux tribunaux, elles permettent au ministère d'intervenir en faveur de la cause commune. C'est par exemple le cas lorsqu'un préfet prend une décision nuisible à l'environnement : l'administration centrale ne peut en effet intervenir que si cet acte est attaqué en justice. Il n'est pas rare que les associations soient officieusement averties et parfois même indirectement encouragées par les fonctionnaires pour ce faire » (Spanou, p. 165). L'exemple de la loi pêche du 29 juin 1984 analysé par C. Spanou est édifiant : Dans le contexte relativement favorable à l'environnement issu de

Pour évoquer le rôle des milieux économiques et industriels, le terme de « agency capture » a été proposé en économie pour désigner le phénomène selon lequel l'activité réglementaire des agences finit par être influencée voire contrôlée par les industries qu'elles sont censées réguler. La *Food and Drug Agency* aux Etats-Unis est souvent donnée en exemple de ce phénomène¹¹³. Une tension existe ainsi, entre l'indépendance et l'autonomie qu'exigent la prise de décisions conformes à l'intérêt général, et la nécessité d'un dialogue entre le régulateur, les autorités politiques et les opérateurs économiques. Des phénomènes de pantouflage renforcent ces processus, les grandes entreprises offrant régulièrement des emplois mieux rémunérés et constituant ainsi une perspective de carrière pour les employés des agences. L'économie de la réglementation et l'analyse des activités de capture de la réglementation renvoie à un corpus très développé dans les pays anglo-saxons mais relativement peu mobilisé en France en dehors des sciences économiques. Il a été récemment mobilisé dans certaines analyses de la crise financière, et à propos des autorités de régulation en matière économique et financière¹¹⁴.

On peut donc penser que l'organisation de la transparence de ce dialogue avec les acteurs non étatiques peut constituer une voie intéressante pour minimiser ce type de risques d'effets de capture. L'article 244 de la loi Grenelle 2 permet-il d'organiser cette transparence dans l'élaboration des actes réglementaires en matière d'environnement ? Quels sont les enseignements à tirer de deux années d'application de ce dispositif ? C'est ce que nous allons voir à présent, en commençant par décrire le fonctionnement de cette nouvelle offre de participation et la façon dont elle a été appropriée par les acteurs.

l'alternance de 1981, est ainsi nommé un ministre issu du milieu correspondant : « ministre du milieu » : M. Crépeau, puis Huguette Bouchardeau. A l'époque, afin de respecter le débit minimal imposé par le projet de loi, EDF devrait modifier ses installations, ce qui impliquerait des dépenses très importantes. EDF déploie, dès lors, une offensive, visant à éliminer cet article ou à obtenir d'être exonérée de son application. En vue de répondre à cette offensive, le ministère de l'Environnement organise une mobilisation de son propre ressort, en avertissant officieusement les associations de pêcheurs et de protecteurs de la nature qui réagissent en envoyant aussi des lettres au Premier Ministre et en prenant contact avec les parlementaires. « Ainsi montrent-elles qu'elles existent politiquement et l'arbitrage du Premier Ministre tranche finalement en faveur du ministère de l'Environnement (...) Ainsi l'alliance entre le ministère de l'Environnement et son milieu de soutien a-t-elle réussi à résister aux pressions considérables de l'EDF » (Spanou, p. 203).

¹¹³ La théorie de la capture du régulateur (*regulatory capture*) a été d'abord développée par l'économiste George Stigler. Pour deux publications plus récentes et fréquemment citées, voire Laffont & Tirole (1991), Levine & Forrence (1990).

¹¹⁴ Un exemple d'application de ce cadre d'analyse est proposé par V. Angeon et B. Pecqueur (2004) qui mobilisent la théorie de la capture et l'économie de la proximité pour expliquer la capacité de certains régulés à peser sur la décision. Etudiant l'activités du milieu agricole en Martinique pour préserver une forme de rente réglementée sur le marché européen de la banane, il montre que le pouvoir d'influence des groupes sur les régulateurs ne renvoie pas seulement à leur capacité d'organisation, mais aussi à une forme de « proximité organisationnelle », qui se traduit aussi bien par des interactions effectives que par une adhésion à des représentations communes.

II. L'appropriation progressive d'une nouvelle offre de participation

Les services du ministère mettent en œuvre le dispositif sans attendre le décret d'application initialement prévu dans l'article 244 de la loi – décret qui ne sortira jamais. Rapidement, dans chaque Direction une personne est chargée de la mise en ligne, et c'est cet agent qui reçoit sur des boîtes fonctionnelles les observations du public. Au bout de quelques mois, la pratique de la rédaction d'une synthèse, va devenir systématique à la suite de demandes répétées du Conseil d'Etat. Mais on peut s'étonner que rien n'ait été prévu au départ, ni aucune directive donnée, quant à la manière de traiter et de prendre en compte les contributions reçues...

Les premiers mois qui suivent l'adoption de la loi Grenelle 2 sont ainsi marqués par une controverse juridique sur la nécessité ou non de la publication de ce décret pour que l'article soit appliqué. Yann Aguila défend l'idée selon laquelle la loi est en droit d'applicabilité directe sauf obstacle majeur à sa mise en œuvre en l'absence de décret, et qu'il est heureux qu'il en soit ainsi. Dans le cas contraire en effet, des dispositions prévues par la loi pourraient ne jamais être appliquées faute de décret d'application... Même s'il appelle de ses vœux ce décret d'application, il considère que l'article L.120-1 peut être invoqué, et doit donc être mis en œuvre, même en l'absence de décret d'application. L'article 120-1 est donc invocable. La difficulté réside seulement dans le respect de cet article en cas de recours, dans la mesure où faute de décret d'application il existe beaucoup d'incertitude quant au champ et aux modalités d'application du texte.

De fait avant même la publication de la loi Grenelle 2 certaines directions commencent à mettre en ligne des projets de texte. Certaines directions, comme la DGPER, ont avant même la loi Grenelle expérimenté ce type de démarches (voir le site installationsclassées.gouv.fr)¹¹⁵.

Dans les services, des référents en matière de participation du public et des responsables de la mise en ligne sont désignés. Un guide a été élaboré par la Direction des Affaires juridiques et la DICOM, afin de préciser aux services centraux, aux directions régionales, départementales et aux établissements publics qui y sont soumis les obligations qui découlent de l'article L. 120-1.

¹¹⁵ Ce site pilote a été mis en place avec un double système : à la fois mise en ligne des textes qui doivent passer au conseil supérieur de la Prévention des Risques Technologiques, puis rédaction d'une synthèse qui est envoyée au rapporteur devant le Conseil, qui propose d'en tenir compte ou pas.

Le guide comporte un modèle d'attestation de mise en consultation ainsi qu'une liste indicative de décisions réglementaires qui pourraient être considérées comme soumis à l'article L.120-1.

Par ailleurs, le bureau web du Ministère a élaboré un Guide d'utilisation plus technique de la plate-forme de consultations précisant son fonctionnement de façon détaillée.

L'inscription sur la plate-forme de consultation est un pré-requis de la participation. L'internaute doit d'abord créer son compte, avec un formulaire d'inscription demandant un nombre assez limité de champs obligatoires (Nom, prénom, email et mot de passe ; à titre facultatif : date de naissance et code postal – seule la ville étant communiquée sur la plate-forme ; il est possible de fournir d'utiliser un pseudo).

L'internaute a la possibilité de gérer la réception par courriel de notification de nouveau contenu relatif à une thématique d'intérêt. Il peut également recevoir par courriel les notifications prévues pour alerter les membres de la publication de nouveau contenu sur la plate-forme. Enfin, il peut gérer la confidentialité de son profil.

Les consultations archivées sont accessibles, mais sans possibilité de commenter ou répondre un fois la consultation close à l'issue de la période annoncée.

Les consultations ouvertes mettent en scène un espace public de débat configuré par les concepteurs au sein des services. La plate-forme permet en effet une diversité d'espaces interactifs (sondages express, questionnaire, appel à proposition, pétition...) que les référents peuvent choisir ou non d'utiliser. En pratique, c'est le format a minima qui va le plus souvent être utilisé. De plus, il faut bien souligner que ces espaces interactifs, qui peuvent être publics, coexistent avec la possibilité d'envoyer une contribution qui s'effectue par mail. Or, le contenu des échanges sur les espaces interactifs non seulement ne fait l'objet d'aucune réponse, mais d'après ce que nous avons constaté n'est pas pris en compte dans les analyses que font ensuite les services. Les synthèses (non publiques) effectuées par les services auxquelles nous avons pu accéder ne reprennent que les observations reçues « en bonne et due forme » et non les réactions sur les forums.

Champ de la consultation

Le guide de la DAJ rappelle le champ d'application tel que rédigé dans l'article L.120-1, qui s'applique donc

- **aux décisions réglementaires de l'Etat** (exemple : réglementation concernant les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse et de la pêche) et de ses établissements (exemple : décisions concernant la réglementation des espaces dans un parc national).
- **Pour lesquelles aucune disposition particulière relative à la participation du public n'a été prévue** : ainsi l'article ne s'applique pas quand une enquête publique est prévue.
- **Qui ont une incidence directe et significative sur l'environnement** : ici le guide explique que les deux conditions doivent être remplies ; et donne deux exemples de décisions qui « pourraient être regardées comme exclues » : les décisions des agences de l'eau fixant les taux de redevance car ayant une incidence indirecte ; les décrets de pure procédure car leur incidence n'est certainement pas directe. On reviendra sur ce point car plusieurs projets de décrets rentraient dans cette dernière catégorie, avec des traitements différents : alors que les projets de décrets sur les études d'impact, les enquêtes publiques, et le débat public, ont bien été soumis à consultation, un décret réformant les conditions de participations des associations agréées aux instances consultatives nationales ne l'a pas été.
- **L'article L120-2 est interprété dans ce même guide comme excluant les décisions individuelles** (permis de construire dès lors qu'ils sont pris conformément à un PLU ayant fait l'objet d'une enquête publique), de même que les décisions réglementaires de transposition de directives communautaires ayant donné lieu à participation du public.

Le déroulement du processus

A partir du 1^{er} janvier 2012, suite à la loi Warsmann, et en application de l'article 5 du décret n°2010-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'Internet, l'organisation des consultations fait l'objet d'un référencement sur le site internet du Premier ministre (www.viepublique.fr), au moins 7 jours francs avant son ouverture. Mais ce délai n'impacte pas l'information du public, il vise simplement à permettre au Secrétariat Général du Gouvernement d'être saisi suffisamment tôt pour relayer la consultation sur son site. Les alertes reçues par le public ne sont donc envoyées qu'au moment de l'ouverture de la consultation.

Le projet est généralement accompagné d'une courte note de présentation qui, le plus souvent s'inspire des « notices » qui accompagnent la publication des décrets au JO.

Le guide indique que « la mise en ligne du projet s'effectue lorsque le texte, sans être définitif, a fait l'objet d'un accord du Cabinet ». A ce stade, ont donc eu lieu les réunions ad hoc, informelles et non publiques, que chaque service a coutume d'organiser avec son réseau d'interlocuteurs extérieurs habituels, en fonction de la nature du texte.

L'articulation avec les avis rendus le cas échéant par les instances consultatives compétentes est moins évidente. En pratique, les choix faits en la matière par les différents services sont contrastés. Selon les cas la consultation en ligne a ainsi eu lieu avant, après voire pendant le travail des instances consultatives. En pratique, ce sont surtout les contraintes liées aux calendriers de réunions de ces instances qui semblent avoir guidé les options retenues, plutôt qu'un choix délibéré du moment le plus opportun.

Une attestation de mise en consultation est établie par l'autorité qui procède à la consultation, précisant l'objet du projet, la durée de mise en consultation, et la date de saisine de l'organisme consultatif concerné le cas échéant. En effet très rapidement ces attestations sont exigées dans les dossiers transmis au Conseil d'Etat. En outre, ce dernier va rapidement demander également qu'une synthèse des observations lui soit transmise. C'est cette demande du Conseil d'Etat qui va conduire progressivement les différentes directions à établir des synthèses, selon des formats variables, aucun modèle n'ayant été formalisé.

Le guide recommande enfin l'archivage de la procédure de consultation :

« Dans la mesure où un texte réglementaire peut être contesté au contentieux par voie d'action dans les deux mois de sa publication, mais aussi par voie d'exception, en général indéfiniment, il est recommandé d'archiver l'ensemble de la procédure pour être en mesure, le cas échéant, d'apporter, à l'appui de l'attestation, des éléments matériels de preuve faisant foi de l'accomplissement de la consultation du public et de la régularité de son déroulement. Tous les éléments qui permettront de justifier de la réalité de la consultation du public doivent être conservés : copies d'écran (pages du site comportant le projet de décision et le message annonçant la durée de la consultation du public) ; récépissé, éventuellement électronique, de la convocation adressée aux membres de l'organisme consultatif concerné ; copie des observations émanant du public ».

Cependant les conditions de réalisation de cet archivage sont laissées à l'appréciation de chaque service, et rien n'a été prévu pour centraliser et archiver véritablement les données liées à chaque consultation. Lors de nos tentatives pour accéder au contenu des observations du public, nous imaginions naïvement que nous finirions par pouvoir consulter un dossier papier dans lequel l'ensemble des observations et documents relatifs à la consultation seraient

référencés, un peu à la manière des registres d'observations dans le cadre des enquêtes publiques. En réalité, de tels dossiers existent rarement, et l'archivage semble se faire le plus souvent exclusivement sur internet, et de façon hétérogène selon les services et parfois assez peu structurée voire peu sûre (boîtes mails des agents), en l'absence d'une politique claire et d'un système d'archivage organisé.

Au sein des directions et services du ministère, on peut donc dire que le dispositif est mis en place rapidement, avec un site internet qui, du point de vue de ses caractéristiques techniques, semble potentiellement riche en possibilités en termes d'interactivité et d'animation des consultations.

Mais cette mise en place se fait en l'absence de toute réflexion préalable sur les moyens nécessaires pour la mise en œuvre d'un tel dispositif ce qui va obliger les services à mettre en œuvre cette nouvelle disposition à moyen constant, sans personnel supplémentaire pour ce faire. Ce qui ne facilite en rien une adhésion au dispositif de la part de ceux qui doivent le mettre en œuvre, qui plus est dans un climat d'incertitude juridique. Le volume de commentaires, largement imprévisible mais parfois très important, comme on va le voir, peut ainsi poser de réelles difficultés pour la rédaction de la note de synthèse.

Une consultation mise en place *a minima*

Du point de vue de son design organisationnel, on peut dire que le dispositif correspond à une forme de consultation du public *a minima*, au regard, d'une part, des pratiques existantes à l'échelle de l'Union Européenne ou dans d'autres contextes nationaux, et au regard, d'autre part, des « canons » qui tendent à s'établir en matière de dispositifs participatifs.

La mise en ligne marquée par la non-transparence et l'absence de toute traçabilité dans le processus de consultation, au-delà des documents visant à attester que la consultation a bien eu lieu.

Les internautes n'ont pas d'accès aux observations qui sont déposées, ni pendant, ni même à l'issue de la consultation ; ils ne reçoivent aucun retour ni même un accusé de réception lorsqu'ils déposent un commentaire. Aucune réponse ne leur est faite, ils n'ont pas accès aux notes de synthèse que les services se mettent progressivement à rédiger systématiquement, et ne sont même pas informés lors de la publication du texte final. La procédure est organisée de telle manière que c'est au participant qu'incombe la tâche de s'informer de la sortie du texte dans sa version définitive, et de le comparer à la version finale pour constater dans quelle

mesure sa contribution aura été prise en compte, et ce en l'absence de toute information quant au contenu ou même au nombre d'observations recueillies !

On est loin des « standards » de la pratique des pays où cela est plus familier. Cependant, ainsi qu'on l'a déjà évoqué (voir chapitre 1), les services du ministère n'ont pas de connaissance de cette pratique à l'étranger. Aucune référence n'y est faite dans les documents élaborés pour accompagner les services dans la mise en œuvre du nouveau dispositif.

C'est donc en l'absence de toute connaissance voire conscience des expériences étrangères en la matière, sans moyens et dans l'urgence (dans une période de production réglementaire intense du fait des lois Grenelle) et un climat d'incertitude que l'article L. 120-1 est appliqué. Dans ces conditions, on pourrait presque s'étonner de l'absence de réticences qu'ont manifesté nos interlocuteurs dans les services du Ministère, la plupart considérant la réforme comme un progrès, en dépit des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre. C'est donc une adhésion, certes prudente et mesurée, mais une adhésion néanmoins, qui ressort de nos entretiens avec les agents en charge de mettre en œuvre les consultations en ligne au Ministère.

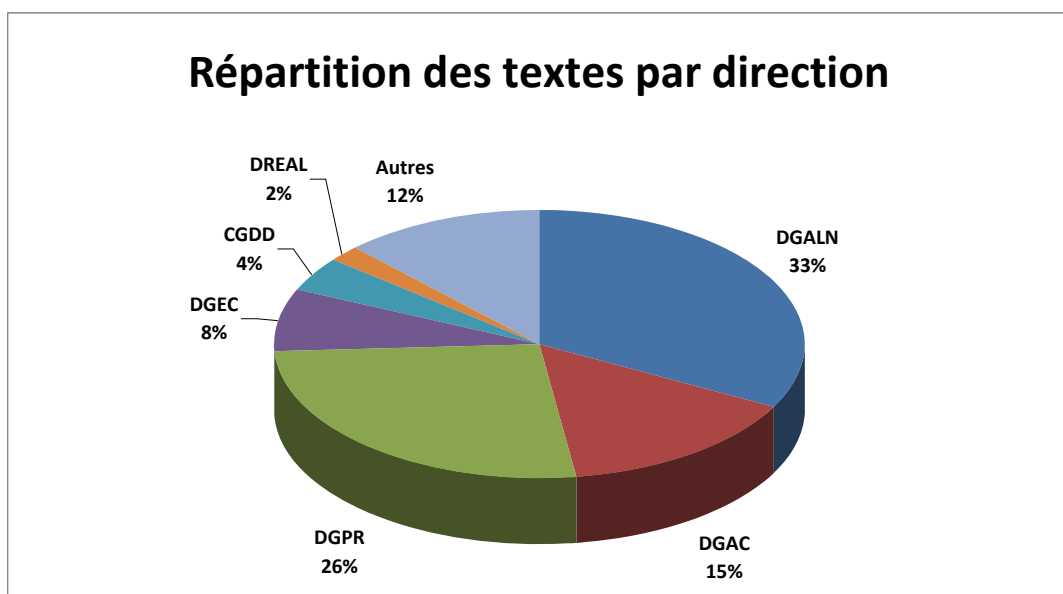
Nombre de consultations et participation aux consultations

Nous avons recensé 205 consultations de mars 2009 à mars 2012, soit 18 consultations avant publication de la loi. Le délai moyen de mise en ligne est de 28 jours, ce qui va donc largement au-delà des quinze jours minimum prévu, et même au-delà des dispositions du nouvel article L. 120-1 (21 jours). Les données relatives au délai entre mise en ligne et publication du décret montre que, en pratique, très peu de textes sont publiés dans leur version définitive moins de 15 jours après la fin de la consultation, et ce délai peut-être de plus de 18 mois, la version définitive de certains des textes recensés n'étant toujours pas parue au moment où l'on écrit ces lignes. Là encore, on voit que la pratique va largement au-delà des délais minimums, extrêmement limités, prévus par les textes entre la fin de la consultation et la publication du décret.

Les projets de textes réglementaires mis en ligne sont dans leur majorité des textes d'application des lois Grenelle, et/ou de directives européennes.

On relève cependant des usages de la mise en ligne pour d'autres types de textes que des textes réglementaires nationaux, dont un projet de loi¹¹⁶, ou consultations générales (Ex.: Consultation sur la rénovation de la gouvernance en matière de biodiversité (DGALN) ; consultation : Le climat change en France : comment s'adapter? (ONERC)). Des projets de cahiers des charges, guides méthodologiques et autres rapports sont également mis en ligne (Ex. : Projet de guide relatif à la maîtrise des activités de voisinage des installations nucléaires de base (DGPR)).

C'est la DGALN et la DGPER qui se répartissent la majorité des consultations en ligne, avec respectivement 33% et 26% des mises en ligne. Précisons bien que ce pourcentage ne doit pas s'analyser comme le degré auquel la direction joue le jeu de la mise en ligne, mais renvoie simplement à la proportion des décrets dont elle doit piloter la publication, en fonction de ses attributions. Comme on va le voir, nous avons pu mettre en évidence un grand nombre de textes n'ayant pas fait l'objet de mise en ligne alors qu'ils semblent entrer dans le champ d'application de l'article 244 de la loi Grenelle 2, mais notre enquête ne permet pas de dire si la « non mise en ligne » est plus répandue dans une direction que dans une autre.



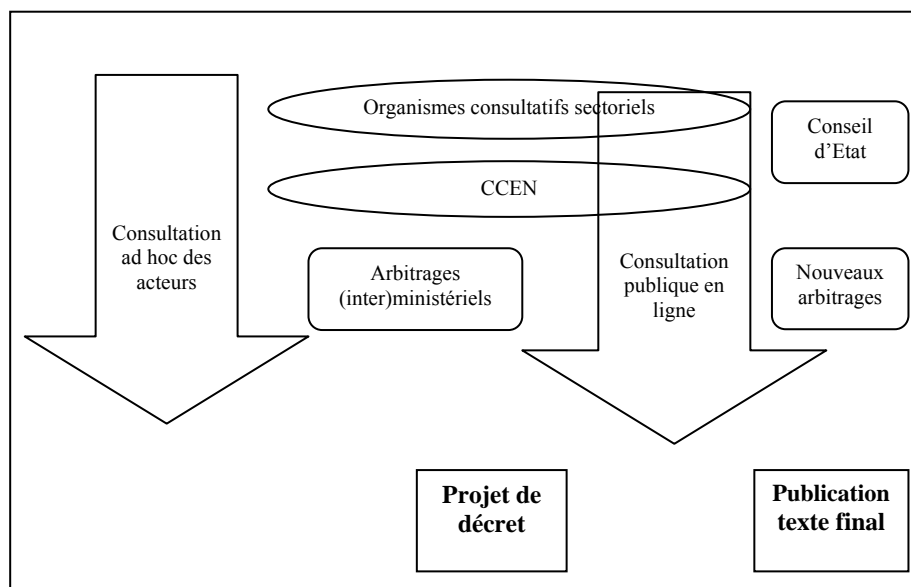
On peut en revanche souligner que chaque direction établit ses propres règles pratiques quant à la manière de réaliser la mise en ligne : rédaction ou non d'une synthèse, type de synthèse, modalités de l'« archivage » des commentaires reçus, etc. Une des difficultés rencontrées par

¹¹⁶ « Projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation » (du 11/09/12 au 24/09/2012), pour laquelle 286 contributions – dont celle de notre équipe – ont été recueillies.

les services du ministère renvoie à la place à donner à la mise en ligne, et au moment le plus approprié pour y procéder, par rapport aux avis à recueillir auprès des instances consultatives sectorielles. Cette diversité des pratiques se retrouve aussi en ce qui concerne le recours en parallèle à des formes de concertation informelle avec les interlocuteurs privilégiés.

Le schéma suivant retrace donc le parcours-type d'un projet de décret, mais une version spécifique à chaque direction, voire à chaque type d'enjeu traité par les textes, serait nécessaire pour décrire précisément le parcours d'élaboration d'un projet d'acte réglementaire.

Tableau 1. Les étapes de l'élaboration d'un projet de texte réglementaire nationale



En ce qui concerne la participation, possible, rappelons-le, seulement via internet, on note une participation très inégale d'une consultation à l'autre, allant de 0 avis pour la consultation sur la restriction de l'utilisation des moteurs de type APU (source DGAC) jusqu'à 7406 avis pour celle sur le décret sur la publicité et l'affichage extérieur (source DGALN). Sur la période que nous avons suivie, nous n'avons pu renseigner le nombre de participants que pour 23 consultations sur les 205 recensées. La participation moyenne, calculée sur la base de ces données très partielles, est de 184 observations.

Le tableau ci-dessous illustre cette participation très variable d'un secteur à l'autre, mais aussi d'une consultation à l'autre.

Tableau 2 La participation aux consultations mises en ligne en 2012

Tableau réalisé d'après les chiffres indiqués dans l'étude d'impact du projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement

	nombre consultations	nombre observations	Participation moy.	%
ICPE	29	90	3,1	0,02054
Eau	13	13918	1070,61	3,177
SDAGE (tous bassins)	1	386505	386505	88,22
Espaces naturels	6	3012	502	0,6875
Espèces	9	22509	2501	5,138
agriculture	11	12048	1095	2,7501
Moyenne générale	69	438082	6349,01	

C'est dans le domaine de la prévention des risques et des installations classées que la participation apparaît la plus faible. L'étude d'impact du projet de loi relative à la mise en œuvre du principe de participation évoque une moyenne d'une dizaine d'observations par consultation en 2011, moyenne qui en 2012 a donc diminué fortement pour se situer autour de 3 participations. Une consultation sur les SDAGE a été mise en œuvre par bassins, en application de l'article L. 212-2 du Code de l'environnement¹¹⁷, et recueille le plus grand nombre de contributions. Si on met cette consultation à part, on constate que ce sont les consultations portant sur des questions de préservation d'espèces qui ont réuni le plus grand nombre de contributions.

¹¹⁷ Article L212-2 issu de l'article 67 de la loi n°2012 – 387 du 22 mars 2012 :

I. - Le comité de bassin compétent dans chaque bassin ou groupement de bassins élabore et met à jour le ou les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux et en suit l'application.

II. — Le comité de bassin organise la participation du public à l'élaboration du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux. Un an au moins avant la date prévue de son entrée en vigueur, il met le projet de schéma directeur à la disposition du public, pendant une durée minimale de six mois, dans les préfetures, au siège de l'agence de l'eau du bassin et, éventuellement, par voie électronique, afin de recueillir ses observations. Les modalités de cette consultation sont portées à la connaissance du public quinze jours au moins avant le début de la mise à disposition du projet de schéma.

Le comité de bassin soumet le projet de schéma à l'avis du Comité national de l'eau, du Conseil supérieur de l'énergie, des conseils régionaux, des conseils généraux, des établissements publics territoriaux de bassin, des chambres consulaires, des organismes de gestion des parcs naturels régionaux et des établissements publics des parcs nationaux concernés. Ces avis sont réputés favorables s'ils ne sont pas rendus dans un délai de quatre mois suivant la transmission du projet.

Le comité de bassin peut modifier le projet pour tenir compte des avis et observations formulés.

III. - Le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux est adopté par le comité de bassin et approuvé par l'autorité administrative. Il est tenu à la disposition du public.

IV. - Il est mis à jour tous les six ans.

V. - Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article. Il détermine les conditions dans lesquelles l'autorité administrative se substitue au comité de bassin s'il apparaît que les missions qui lui sont confiées ne peuvent pas être remplies dans les délais impartis ainsi que la procédure suivie à cet effet.

On est donc en présence d'un nouveau dispositif qui renvoie à l'heure actuelle à une pratique non stabilisée, non harmonisée, sans suivi organisé et sans moyens dédiés. La mise en ligne fonctionne actuellement de manière encore peu transparente. Notre enquête montre que les agents d'une direction ont d'ailleurs peu de connaissance des pratiques des autres directions voire bureaux ou services.

Il est difficile d'apprécier à ce stade les effets de ce dispositif sur les modes de production des textes réglementaires. Notre analyse et les données auxquelles nous avons eu accès semblent suggérer que le nouveau dispositif n'a pas changé grand-chose, et n'a eu qu'un faible impact sur les capacités d'influences des uns et des autres. C'est en tout cas la perception qu'en ont les acteurs que nous avons rencontré, pour qui le changement est mineur pour ne pas dire anecdotique, dérisoire, pas à la hauteur, etc. Certains avaient déjà accès à ces informations et étaient déjà consultés de façon informelle par les services du ministère (entreprises, Medef...). Certains services du ministère soulignent qu'ils le faisaient déjà, bien avant l'obligation légale (DGPER) ; d'autres se contentent d'évoquer ce dispositif comme une formalité de plus qui ne perturbe guère l'économie générale de leur routine professionnelle. Du côté du secteur associatif, peut-être plus étonnamment, c'est en minimisant la portée du dispositif que l'on justifie de ne pas véritablement s'y intéresser.

Pourtant, même s'ils ne sont pas entièrement imputables à la mise en ligne imposée par l'article 244 de la loi Grenelle 2, il semble bien que l'on assiste à une reconfiguration institutionnelle, certes peu perceptible, mais bien réelle, que le nouveau dispositif vient sans doute accentuer. Le paysage de l'administration consultative, qui entoure l'élaboration des règlements est en effet à la fois remodelé et questionné par la mise en ligne. Notre enquête montre de ce point de vue, l'importance, évoquée par de nombreux acteurs – parfois pour la critiquer – d'une instance relativement récente dans le paysage de l'administration consultative : le Comité Consultatif d'Evaluation des Normes. Né en 2006, il prend de plus en plus d'importance à la faveur des lois Grenelle dont la mise en œuvre effective dépend largement de l'appui des collectivités territoriales et des associations qui les représentent.

Sans qu'il soit possible de développer ce point dans le cadre du présent rapport, notons que l'existence du CCEN, où sont bien représentées les associations d'élus locaux, et qui a eu à examiner l'ensemble des décrets issus des lois Grenelle, mérite d'être soulignée dans la mesure où elle rompt avec la logique très sectorielle (par type d'enjeux : bruit, déchets, etc.) de l'administration consultative en matière d'environnement. Par ailleurs on a vu dans le chapitre 1, comment cette revendication des élus locaux d'être associés à l'élaboration des

décrets, s'étaient manifestée, dans le cadre du processus Grenelle et via les rapports rédigés par B. Pancher. Ce rôle du CCEN nécessiterait donc une poursuite du travail, qui pourrait également permettre d'analyser plus généralement le rôle des instances consultatives dans l'élaboration des actes réglementaires et les perceptions de leurs membres à l'égard de la procédure.

III. Le processus d'élaboration des règlements comme jeu de (de) construction

Une analyse de chacun des textes recensés dans notre travail de suivi était bien sûr impossible dans le cadre de cette recherche. Nous avons donc combiné plusieurs entrées permettant d'avoir une vue d'ensemble de la façon dont le dispositif tel que mis en œuvre par les services, a été utilisé par les autres acteurs de la « gouvernance à cinq ».

Notre revue de presse permet d'abord de tirer quelques conclusions quant au traitement médiatique des projets de décrets, avec deux principaux résultats :

Plusieurs décrets contestés ont fait l'objet d'une couverture presse relatant les critiques du milieu associatif ; mais la mise en ligne n'est généralement pas évoquée, signe d'un dispositif encore peu visible et dont la place dans le processus d'élaboration des décrets est sans doute mal identifié.

Il semble que l'on assiste à un traitement médiatique des projets de décrets plus important que par le passé ; ceci peut renvoyer à l'activisme réglementaire du fait des lois Grenelle, mais aussi à une évolution liée au caractère davantage public de la procédure. Lors de nos entretiens plusieurs acteurs ont fait part de ce sentiment que les projets de décrets circulent davantage, sont plus discutés d'une manière générale et par les médias en particulier. Ici une investigation plus poussée serait nécessaire pour établir des conclusions robustes.

Ce travail par revue de presse nous a permis de mettre en évidence d'identifier plusieurs cas sur l'année 2011 de textes conflictuels. Mais nos entretiens suggèrent aussi que certains textes conflictuels n'ont pas fait l'objet de traitement médiatique, et n'ont pas eu de visibilité dans l'espace public : c'est, semble-t-il, le cas des textes concernant la chasse et certaines espèces protégées.

Sans prétendre à l'exhaustivité, dans le cadre de ce rapport nous nous pouvons évoquer les cas identifiés comme conflictuel et ayant fait l'objet d'un traitement médiatique et/ ou d'une mobilisation associative.

On a sélectionné, sur la base de notre revue de presse et des éléments issus des entretiens, 4 cas de figure illustrant 4 types de configuration du processus de construction / déconstruction des règlements.

Le premier cas de figure correspond à la non-mise en ligne de certains décrets susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 244.

Le deuxième cas de figure est celui du décret relatif à la Responsabilité Sociale des Entreprises ; ce texte a donné lieu à des processus de déconstruction des décrets par un autre texte de loi, via le procédé du « cavalier législatif ».

Le troisième exemple montre, autour d'un décret ayant suscité une large mobilisation, sur la réglementation de l'affichage publicitaire, l'articulation de cavaliers législatifs et de recours contentieux.

Enfin, le dernier cas est celui d'un texte soumis à consultation mais n'ayant fait l'objet d'aucune contribution ; dans le cas du décret dit décret « hélicoptère » ou décret anti-hélicoptère, l'essentiel des négociations semble s'être joué au sein du Conseil National du Bruit.

A. Non mise en ligne de décrets entrant dans le champ d'application du texte

Le travail réalisé par les élèves du Master 2 droit de l'environnement de la Faculté de droit de Limoges, étude quantitative et qualitative de la mise à participation du public consistait à faire un bilan de l'application de l'article L120-1 sur une période de six mois, de juillet à décembre 2011, avec sur une période de deux mois (septembre – octobre 2011) une vérification systématique de l'application du texte pour tous les décrets susceptible d'avoir « une incidence directe et significative » sur l'environnement.

L'étude quantitative montre que 64 mises en consultation ont eu lieu de juillet à décembre 2011 alors que 209 publications d'actes réglementaires avaient été identifiés au JO. « Même s'il s'agit là d'une simple étude quantitative, on peut s'interroger sur le respect de l'article L120-1 du Code de l'environnement (...). La faille de la législation viendrait de la trop grande liberté à l'Etat et à ses établissements publics pour décider de mettre en place une participation du public. Il n'existe pas à ce jour d'organe de contrôle indépendant pour vérifier de la bonne mise en œuvre de cet article ». L'étude approfondie sur une période de deux mois (septembre – octobre) confirme cette tendance : Respectivement 8 et 10% seulement des actes réglementaires publiés et identifiés comme susceptibles d'entrer dans le champ d'application du L120-1, ont été effectivement mis en ligne en septembre et en octobre 2011.

« Une quantité infime d'actes réglementaires ayant une incidence directe et significative sur l'environnement est effectivement mise à la consultation du public sur les différents sites des Ministères. Par ailleurs, nous constatons que les rares projets d'actes réglementaires mis à la consultation du public concernent des éléments présentant un intérêt modéré pour le public (ex. : réglementation relative aux campings, réglementation relative aux ULM) tandis que des projets d'actes réglementaires relatifs à des enjeux de société (ex. : réglementation relative aux OGM, à l'énergie nucléaire...) ne font l'objet d'aucune mise à la consultation du public »¹¹⁸.

Ce travail donne un précieux éclairage sur les proportions de textes réellement soumis à consultation. Il s'appuie sur un suivi des sites de 5 ministères, et non le seul ministère de l'environnement. Cette étude ne fait donc que confirmer l'idée de la nécessité d'un suivi et d'un encadrement de l'application et du fonctionnement de la procédure.

L'application de l'art. 244 pour les textes ayant déjà fait l'objet d'une consultation à l'échelle de l'UE est, comme on l'a vu, interprétée comme non obligatoire dans le guide élaboré au sein du Ministère. Sans que l'on se soit livré ici à une analyse exhaustive, il semble bien que des textes dans ce cas de figure n'aient pas été soumis à consultation.

Ainsi, le décret n° 2011-828 du 11 juillet 2011 portant diverses dispositions relatives à la prévention et à la gestion des déchets n'a pas fait l'objet de mise en ligne. Comme l'indique le site du MEDDTL, ce texte est largement la traduction de la Directive-cadre déchets directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008¹¹⁹. Cependant, si la

¹¹⁸ Sur cette seule période de deux mois, en ce qui concerne les OGM et le nucléaire ont en effet été publiés les actes réglementaires suivants : plusieurs textes concernant les conditions du transport de matières nucléaires : arrêté du 12 septembre 2011 relatif aux spécifications techniques applicables à la protection des moyens de transport des matières nucléaires de catégories I et II non irradiées publié au JO le 22 septembre ; arrêté du 12 septembre 2011 relatif aux spécifications techniques applicables à la protection des moyens de transport des matières nucléaires de catégories II irradiée publié au JO le 22 septembre ; arrêté du 9 septembre 2011 relatif aux conditions d'agrément des moyens de transport des matières nucléaires des catégories I et II publié au JO le 11 octobre ; enfin, l'arrêté du 18 octobre 2011 portant homologation de la décision n°211-DC-0239 de l'Autorité de sûreté nucléaire du 1^{er} septembre 2011 fixant les limites de rejets dans l'environnement des effluents liquides et gazeux de l'installation nucléaire de base n°162 exploitée par Electricité de France (EDF-SA) sur la commune de Loqueffret (département du Finistère) publié au JO le 28 octobre. EN ce qui concerne les OGM, c'est le décret n°2011-1177 du 23 septembre 2011 relatif à l'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés, publié au JO le 25 septembre, qui n'a fait l'objet d'aucun mis en ligne.

¹¹⁹ Voir : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-Decret-du-11-juillet-2011.html>

La directive a abrogé et remplacé trois directives : la directive 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975 concernant l'élimination des huiles usagées, la directive 91/689/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 relative aux déchets dangereux et la directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative aux déchets. Cette nouvelle directive cadre définit et clarifie les notions de la gestion des déchets telles que celles de déchets, de producteur et de détenteur de déchets, de prévention, de réemploi, de recyclage ou de valorisation. Elle définit une hiérarchie dans la gestion des déchets : prévention, préparation en vue de la réutilisation,

stratégie européenne en matière de déchets a fait l'objet d'une large consultation, la directive-cadre elle-même n'a pas été soumise à cette procédure à l'échelle de l'UE. Cette directive a également fait l'objet d'une transposition avec l'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010 pour les mesures législatives. La directive avait donc déjà fait l'objet d'une consultation fin 2010 pour l'ordonnance (consultation n°41 dans notre tableau)¹²⁰. C'est peut-être du fait de cette consultation sur l'ordonnance, qu'il a été considéré qu'une mise en ligne du décret n'était pas nécessaire, mais nous n'avons pas pu confirmer cette interprétation lors de notre enquête.

En ce qui concerne l'application de l'art. 244 pour les textes « procéduraux », on note également différents cas de figure. Si une mise en ligne a été faite sur les décrets relatifs à l'EIE, l'étude d'impact, le débat public, on a relevé au moins un cas de non application de l'article, en ce qui concerne le décret n° 2011-832 du 12 juillet 2011 relatif à la réforme de l'agrément au titre de la protection de l'environnement et à la désignation des associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique au sein de certaines instances et l'arrêté correspondant (Code environ. R. 141-21).

Le décret sur la composition du CES a fait l'objet de rapport et de débats lors du processus Grenelle mais pas d'une mise en ligne.

recyclage, autre valorisation notamment valorisation énergétique et élimination. Elle précise la distinction entre ce qui est déchet et ce qui ne l'est pas et introduit la possibilité de sortir du statut de déchet. Elle renforce la planification des déchets.

¹²⁰ L'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des déchets a transposé les mesures législatives de cette directive. Le décret en transpose les mesures réglementaires. Il renforce notamment les obligations de traçabilité et de transparence des différents acteurs de la chaîne de gestion des déchets et l'encadrement des installations de stockage de déchets inertes.

Le texte est également un texte d'application de la Loi « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010 (articles 194, 202, 204 et 207), qui impose :

- Des plans départementaux de prévention et de gestion des déchets non dangereux, le décret met en œuvre les avancées du Grenelle : introduction d'un programme de prévention dans les plans, renforcement des objectifs et des indicateurs sur le recyclage et la valorisation, prise en compte des déchets issus de catastrophes naturelles dans les plans, amélioration du suivi des plans, évaluation des plans tous les 6 ans
- Des plans départementaux de prévention et de gestion des déchets issus des chantiers de bâtiment et de travaux publics : le décret prévoit les dispositions sur le contenu, l'élaboration, le suivi et l'évaluation de ces nouveaux plans dont la création est un engagement du Grenelle de l'environnement
- Une limitation des capacités de stockage et d'incinération : le décret prévoit les modalités de limitation de ces capacités. La capacité des installations de stockage et d'incinération sera limitée à 60% des déchets non dangereux produits dans le département
- Une obligation de tri et de collecte séparée des biodéchets par les gros producteurs : à compter du 1er janvier 2012, les personnes qui produisent ou détiennent une quantité importante de déchets composés majoritairement de biodéchets sont tenues d'en assurer le tri à la source en vue de leur valorisation organique. Des seuils de quantités de biodéchets produites par les personnes soumises à cette obligation (en pratique le commerce alimentaire, la restauration collective, les espaces verts et l'industrie agroalimentaire) sont définis par arrêté. Ils seront fortement décroissants entre janvier 2012 et janvier 2016.

Le décret « représentativité des associations »

On ne reviendra pas ici sur le droit des enquêtes publiques. Mais il convient de souligner que la mise en œuvre de l'article 244 questionne le droit des associations de protection de l'environnement. Rappelons que le Code de l'environnement prévoit la participation des associations – généralement les associations agréées - à l'action des organismes publics en matière d'environnement.

Imaginé dans les années 70 pour sélectionner les associations bénéficiant de droits spéciaux de participation à la politique de l'environnement, l'agrément a progressivement vu se multiplier des régimes spéciaux, que la loi du 2 février 1995 (L. 141-1 à L. 141-3, C. envir.) a voulu simplifier et uniformiser. Or le système de l'agrément a été remanié à nouveau par l'art. 49 de la loi Grenelle 1 et le décret 2011-832 du 12 juillet 2011.

L'objectif était de préciser les critères de représentativité, de gouvernance, de transparence financière, de compétence et d'expertise des associations.

Bien évidemment, le rôle des associations va au-delà de leur (non) agrément : elles jouent le rôle de relais pour l'information des citoyens, d'organes de consultations et de gestion des espaces naturels protégés, d'organes d'expertise ou de contre-expertise des problèmes d'environnement – réseau de compétences et de « lanceurs d'alerte » ; en enfin d'organes de recours contentieux.

Le décret 2011-832 du 12 juillet 2011 a introduit une restriction à cette participation des associations agréées aux instances consultatives. L'article R. 141-21 institue en effet un seuil minimum de membres arrêté par le ministre, le préfet de département et le préfet de région qui conditionne la possibilité d'être désignée dans des instances nationales, départementales ou régionales. L'arrêté du 12 juillet 2011 a fixé ce seuil à 2000 membres pour participer aux instances nationales. Ce nouveau critère, qui vient s'ajouter aux critères de l'agrément, s'il ne met pas en cause l'accès à la justice, restreint donc la participation des associations aux instances consultatives nationales en matière d'environnement.

Ces deux textes (décret et arrêtés), ont suscité l'émoi des associations ainsi exclues de ces instances, au profit des grandes associations. Des recours en Conseil d'Etat ont été intenté contre ces textes. Sont particulièrement touchées les associations dont la légitimité repose davantage sur leur expertise et/ou leur rôle de lanceur d'alerte, que sur un nombre important

d'adhérents. Ce sont là deux types classiques et identifiés depuis longtemps d'associations de défense de l'environnement.

Ces deux textes n'ont fait l'objet d'aucune mise en ligne, alors qu'ils rentrent manifestement dans le champ de l'article 244.

B. Des consultations sans public : L'exemple du décret « hélicoptère »

« Une journée noire pour l'hélicoptère », titre sur son site la Fédération Française de Giravation lorsque le décret n°2010-1226 du 20 octobre 2010 « portant limitation du trafic des hélicoptères dans les zones à forte densité de population », est publié au J.O.R.F du 21 octobre 2010. L'Union Française de l'Hélicoptère (UFH), organisation professionnelle de l'hélicoptère¹²¹ dont la FFG est membre fondateur, s'était très tôt mobilisée pour participer aux différentes réunions pour « nous défendre contre cette loi scélérate ». De nombreux courriers ont été adressés entre novembre dernier et maintenant à Mr. Borloo, à Mr. Le Premier Ministre, puis à nouveau à Mr. Borloo. Le Ministre de l'écologie a daigné accuser réception le 19 Octobre dernier au courrier que la profession lui a adressé le 18 Juin 2010. Rebaptisé « décret Borloo anti-hélicoptère », le texte est accusé de faire peser de « très graves menaces... sur l'ensemble de la filière hélicoptère française ».

Dans son communiqué de presse annonçant le dépôt de ce recours, l'UFH demande « que soient revus les fondements même du décret de façon à inscrire l'avenir de l'hélicoptère en France dans une perspective de développement durable et harmonieux, respectueux de ceux qui sont survolés, mais aussi de ceux qui les survolent, en reconnaissant le rôle social irremplaçable de l'hélicoptère dans la vie quotidienne des citoyens de France et du monde entier »¹²².

De son côté FNE dit sa déception à l'égard du texte, publié plus de dix-sept ans après le vote de la loi Bruit et qui ne satisfait pas la fédération¹²³. Est en particulier contestée la définition des zones concernées par le texte. Selon FNE le décret protégerait principalement les exploitants contre les recours contentieux des riverains. FNE s'émeut que la définition qu'elle soutenait et qui semblait avoir été retenue lors des réunions en groupe de travail (agglomérations de plus de 100 000 habitants dès lors que leur densité de population est supérieure à 500 habitants par km²) ait été remplacée dans la version finale par une définition

¹²¹ L'UFH fédère les constructeurs, équipementiers et compagnies aériennes, centre de formation et de maintenance, et enfin utilisateurs.

¹²² UFH « Mais qui donc veut la mort de l'hélicoptère en France ? » Communiqué de presse en date du 9 février 2011.

¹²³ FNE, « Décret hélicoptère : beaucoup de bruit pour rien ! », Communiqué de presse, 21 octobre 2010.

aéronautique (« agglomérations de largeur moyenne de plus de 3600 mètres » quelle que soit la densité).

Le décret a donc fait l'objet de plusieurs recours en conseil d'Etat : de la part d'associations de défense (France-Nature-Environnement et UFCNA), mais également de la part des professionnels de la filière (Union française de l'hélicoptère). Le Conseil d'Etat a rendu fin novembre 2011 sa décision : les requêtes des associations sont rejetées.

L'article 1er du décret attaqué concerne la définition des zones à forte densité de population. Le Conseil d'Etat a considéré que le fait de prendre pour référence les contours des agglomérations portées sur les cartes aéronautiques de l'Organisation de l'aviation civile internationale (celles utilisées par les pilotes d'hélicoptère) n'était pas contraire à l'article L571-7 du code de l'environnement, non plus qu'au principe d'égalité. La décision confirme par ailleurs que les aéronefs militaires et les aéronefs appartenant à l'Etat et exclusivement affectés à un service public ne sont pas soumis à l'application des règles de l'aviation civile et, partant, ne sont pas soumis au décret du 20 octobre 2010.

Créé en 1982 et placé auprès du ministre de l'environnement, le Conseil national du bruit est une instance de consultation et de proposition représentative des différents acteurs de la lutte contre le bruit : ministères concernés, élus locaux et parlementaires, associations, syndicats salariés et patronaux, « producteurs institutionnels » de bruit (ADP, Chambre syndicale de l'automobile, SNCF), organismes professionnels de l'isolation acoustique, personnalités ayant une expertise liée au bruit. Le CNB rend des avis sur les projets de textes préparés par les administrations et émet des recommandations sur des sujets particuliers (alarmes sonores, discothèques, aviation légère, deux-roues motorisés, surdité précoce chez les jeunes, etc.).

C. Des consultations avec public : des luttes contre un « dépeçage » du Grenelle

Les contestations et mobilisations autour de (projets de) décrets font apparaître très clairement la manière dont des dispositions prévues par les lois Grenelle apparaissent en recul par rapport aux intentions initiales. Après avoir montré trois exemples de ces reculs, on reviendra sur deux cas pour lesquels on peut établir les jeux d'influence permettant d'expliquer ces évolutions.

3-1 : pollution des eaux, gaz de schiste, et plan climat

- Décret relatif à la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole ; Ce décret précise que la limite maximale d'azote s'élève à 170 kg par hectare de "surface agricole utile", alors que la référence précédente était la "surface potentiellement épandable"

Le projet de décret a été mis en consultation en juin pendant 18 jours. Dans la version finale du décret, sortie le 10 octobre 2011, les modifications apportées concernent :

- La suppression de l'opposabilité des programmes d'actions
- L'ajout d'une phase de concertation lors de l'élaboration et la mise en œuvre des programmes d'actions régionaux
- L'augmentation possible de la quantité maximale d'azote en application de la directive européenne sur la protection des eaux contre la pollution par les nitrates de sources agricoles.

Ce texte a suscité des réactions vives de la part de certains élus Europe Ecologie-Les Verts (EE-LV) et d'associations de lutte contre les marées vertes. Selon eux ce texte permettrait d'augmenter le versement d'azote de 20 %, et favoriserait l'élevage intensif, qui est à l'origine de la prolifération d'algues vertes sur le littoral de la Bretagne.

Les concessions de mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux : Sur la période étudiée nous avons relevé 8 concessions mises en consultation depuis juin 2010, avec 1 mois de délai en moyenne. Les conséquences désastreuses de l'extraction du gaz de schiste pour l'environnement et les populations riveraines de ces mines (émission de méthane, substances chimiques qui se disséminent dans les nappes phréatiques, gâchis d'eau) ont été largement dénoncées. Les associations considèrent que leur exploitation retarde la transition énergétique vers les alternatives renouvelables

Le décret relatif au bilan des émissions de gaz à effet de serre et au plan climat-énergie territorial impose l'établissement d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre aux entreprises de plus de 500 salariés en métropole et de plus de 250 salariés en outre-mer, et d'un plan climat-énergie territorial aux établissements publics de plus de 250 personnes, aux collectivités territoriales de plus de 50 000 habitants et à l'Etat. L'inventaire des bilans carbone est divisé en 3 sphères d'émissions (directes, indirectes et élargies). Mais seulement deux types d'émissions générées sur le territoire national sont pris en compte :

- Scope 1 : Somme des émissions directes (induites par la combustion d'énergies fossiles (pétrole, gaz, charbon, tourbe..) de ressources possédées ou contrôlées par l'entreprise.
- Scope 2 : Somme des émissions indirectes induites par l'achat ou la production d'électricité.

Les associations de protection de l'environnement et les professionnels du bilan carbone ont déploré l'exclusion du « scope 3 » (=Somme de toutes les autres émissions indirectes) qui peut représenter jusqu'à 80 % des émissions d'une organisation.

3-2 : le Décret RSE

« Rarement un décret aura été si attendu et si sujet à controverses et à des opérations de lobbying. Au final, si l'on peut regretter très fortement les conditions d'entrée en vigueur de ce texte, son contenu fait sans aucun doute progresser l'obligation - mais aussi l'opportunité - d'information sociale et environnementale des entreprises ». C'est le commentaire fait par Arnaud de Gossement¹²⁴, au moment de la publication du « décret RSE ».

Il faut en effet attendre avril 2012 pour que soit publié le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, prévu par un article de la loi Grenelle 2. A la suite des conclusions du Grenelle de l'environnement sur le programme "Gouvernance", un comité opérationnel « Entreprises et RSE » avait été chargé de faire des propositions concrètes de mise en oeuvre. Les propositions se traduisent dans l'article 225 de la loi "Grenelle 2" qui modifie les dispositions du code de commerce¹²⁵. La rédaction de cet article 225 est donc modifiée par la loi, loi qui sera définitivement adoptée en mars 2012, au terme d'un examen parlementaire pour le moins houleux, ainsi qu'on va le voir¹²⁶.

La rédaction du décret d'application, en cours depuis 2010 était déjà laborieuse et avait donné lieu à l'expression de commentaires et de critiques, à propos du lobbying mené contre cette réforme. Les associations avaient alerté les risques de recul dans le cadre de l'élaboration du décret, et notamment dénoncé « la pression d'un lobbying permanent de l'AFEP (Association française des entreprises privées), qui cherche à réduire la portée du texte ». Bertrand Pancher intervient alors pour appuyer les positions de ces associations, et en disant son inquiétude de voir le texte « ressembler à la sortie d'un poulet dans une essoreuse ». Dans un article publié sur le site « nouvelles news », le député, en tant que membre du comité de suivi du Grenelle, s'inquiète du « retour des lobbies dans tous les domaines »¹²⁷. C'est notamment le champ

¹²⁴ <http://www.arnaudgossement.com/trackback/4697624>

¹²⁵ Il s'agit d'une modification du cinquième alinéa de l'article L. 225-102-1 du code de commerce, lui-même introduit par la loi "NRE".

¹²⁶ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

¹²⁷ Bertrand Pancher met également en cause le lobby « des organisations syndicales et salariées », accusé de freiner l'entrée des acteurs environnementaux dans les CESER - Conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux, eux aussi remodelés par le Grenelle. En conséquence, « leur entrée va tellement

d'application de cette mesure qui fait l'objet de luttes très vives, et en particulier de pression de la part de l'AFEP pour que le seuil, défini à 500 salariés à l'issue de la consultation Grenelle, soit porté à 5000 salariés, en mettant notamment en avant le coût élevé de la certification¹²⁸.

Un amendement inscrit dans la loi de régulation bancaire et financière, en octobre 2011, avait déjà supprimé la possibilité pour les institutions représentatives du personnel et de la société civile (riverains, consommateurs, ONG...) d'insérer leur avis dans le rapport de gestion. Cette situation avait été dénoncée par plusieurs associations considérant que la société civile était ainsi empêchée « d'évaluer le respect des engagements des entreprises alors même que les atteintes aux droits sociaux, à l'environnement et aux droits humains ne cessent pas », dénoncent les signataires¹²⁹.

Le décret était sur le point d'être publié à l'été 2011 lorsque la proposition de loi Warsmann relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a été déposée à l'Assemblée¹³⁰. Or, l'article 10 de cette loi dispense les filiales et les sociétés contrôlées de l'obligation de publier des informations RSE dès lors que la société-mère les présente de manière détaillée. Il s'agit donc d'une modification de la loi Grenelle 2, ce qui conduit à la suspension de la publication du décret dans l'attente de la stabilisation définitive de la loi.

être discrète que personne ne va s'en rendre compte ». Voir l'article de Arnaud Bihel, « RSE : lobbying patronal pour plumer le Grenelle », Mis en ligne le 20/01/11.

¹²⁸ Les Echos assuraient, le 18 janvier, que Bercy lui prête une oreille très attentive. Interpellée par Bertrand Pancher, Nathalie Kosciusko-Morizet avait dit vouloir s'en tenir, « évidemment », à ce seuil de 500 salariés, tout en admettant que la question devrait faire l'objet d'un arbitrage interministériel.

¹²⁹ Une quinzaine d'organisations - syndicats et ONG – écrivent alors une lettre ouverte au Premier ministre pour s'inquiéter d'une remise en cause de ce volet RSE, sous la pression du lobby des entreprises qui va à l'encontre de la « transparence en matière de concertation qui avait présidé à l'élaboration du Grenelle. »

¹³⁰ La proposition de loi comprenait initialement quatre-vingt-quatorze articles répartis en trois titres. Le titre Ier, relatif à « la simplification du droit des entreprises » était le plus important. Il comportait cinq chapitres relatifs à la « vie statutaire » et à la « vie sociale » des entreprises, au « soutien au développement des entreprises » à la « simplification des procédures » et à « la simplification des dispositions relatives à la lutte contre la fraude ». Si les deux premiers chapitres étaient respectivement consacrés à des dispositions relatives, principalement, au statut des entrepreneurs et des sociétés commerciales et au droit du travail, les autres chapitres soulignent la nature de cette loi faite de « diverses dispositions » intéressant l'environnement normatif des entreprises. Le titre II, relatif à « la simplification du droit de plusieurs secteurs d'activité déterminés », comportait sept chapitres comportant des mesures de « simplification » relatives au secteur agricole, au régime des professions réglementées, au droit des transports, au droit du tourisme, au droit des médias, au droit du logement, de l'aménagement et de la construction et, « diverses dispositions d'ordre ponctuel ». Le dernier titre de la loi est intitulé « dispositions diverses ».

La proposition de loi déposée par M. Jean-Luc Warsmann sur le bureau de l'Assemblée nationale¹³¹ le 28 juillet 2011, a été adoptée, après engagement de la procédure accélérée par le Gouvernement, en première lecture par l'Assemblée nationale le 18 octobre 2011, avant que le Sénat ne la rejette en opposant une question préalable le 10 janvier 2012. Les sénateurs critiquent notamment le caractère fourre-tout de cette proposition de loi de 93 articles, et le fait qu'elle soit placée sous le régime de la procédure d'urgence, ce qu'ils analysent comme une tentative de pression.

Après échec de la commission mixte paritaire le 18 janvier 2012, elle a été adoptée en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 31 janvier 2012, puis rejetée à nouveau par le Sénat le 20 février 2012 par l'adoption d'une nouvelle question préalable. Le Gouvernement a alors demandé à l'Assemblée nationale de statuer définitivement, ce qu'elle a fait le 29 février 2012.

Le texte a été déféré au Conseil constitutionnel, le 5 mars 2012, par plus de soixante sénateurs et, le même jour, par plus de soixante députés. Les saisines, identiques, formulaient des griefs à l'encontre de l'ensemble de la loi. Était d'abord contesté l'engagement de la procédure accélérée par le Gouvernement pour l'examen de la proposition de loi, qui aurait porté atteinte aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires. Était également contesté le respect de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi par une loi comportant des dispositions hétéroclites et complexes, sans lien avec l'objectif de simplification affiché¹³². Était enfin demandé au Conseil constitutionnel de requalifier d'office comme relevant du domaine réglementaire les dispositions n'ayant pas respecté les exigences des articles 34 et 37 de la Constitution. Par ailleurs, députés et sénateurs contestaient plus précisément l'article 45 de la loi en invoquant des griefs tirés de la méconnaissance de la liberté contractuelle.

Par sa décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, le Conseil constitutionnel a jugé que les exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires, pas plus que l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, n'avaient été méconnus. Il a, en revanche, examiné

¹³¹ La proposition de loi a été soumise pour avis au Conseil d'État selon la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, lequel s'est prononcé le 19 septembre 2011.

¹³² Voir par exemple cet extrait de l'intervention d'un sénateur lors de la nouvelle lecture au Sénat « il faudrait désormais que chaque projet, chaque proposition de loi, ait un objet ! En effet, le texte dont nous débattons aujourd'hui présente la particularité de n'avoir pas d'objet. Or, s'il n'y a pas d'objet affiché, il ne peut bien sûr y avoir de débat public préalable ! Au final, nul ne sait que le Parlement est en train d'examiner tel ou tel sujet. La clarté du débat public suppose d'annoncer avec une grande honnêteté ce dont le Parlement va être saisi. Tel n'est manifestement pas le cas aujourd'hui ». JP Sueur.

d'office et déclaré contraires à la Constitution une série de dispositions¹³³, mais non celles qui concernent le futur décret RSE.

Signé le 24 avril, le décret d'application de l'article 225 de la loi Grenelle 2, étendant l'obligation de reporting environnemental et social des entreprises, se faisait attendre depuis le projet de texte soumis à consultation en mars 2011. Un an après, la version initiale s'est vue allégée par la loi Warsmann de simplification du droit et d'allègement des démarches administratives publiée en mars 2012. La distinction introduite par la loi Warsmann entre entreprises cotées et non cotées pour les obligations de rapport annuel sociétal, a été conservée dans le décret, malgré l'avis défavorable du Conseil d'Etat en mai 2011. La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) de 2001 demandait déjà aux 700 entreprises françaises cotées sur le marché de publier ce rapport. Figure aussi la suppression demandée dans la loi des rapports produits par les filiales. Enfin l'obligation de reporting RSE, initialement prévue dès l'exercice 2011 dans le projet de décret pour les entreprises de plus de 5.000 salariés, a été reportée d'un an conformément à la loi Warsmann¹³⁴.

Le Forum citoyen pour la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), association qui regroupe des ONG, des syndicats et experts, a annoncé dans un communiqué son "intention de saisir le Conseil d'Etat" contre le décret relatif aux obligations de transparence des entreprises de plus de 500 salariés en matière de RSE paru le 26 avril au Journal officiel.

L'association estime que le décret d'application de l'article 225 de la loi Grenelle 2 "marque un recul" par rapport à la loi NRE de 2001 qui demandait déjà aux entreprises françaises cotées de publier ce rapport annuel et considère que le texte "va à l'encontre de la lettre et de l'esprit de ladite loi Grenelle 2". Le Forum dénonce le maintien dans le décret de la distinction entre entreprises cotées et non cotées pour les obligations de rapport annuel sociétal, "malgré deux avis défavorables du Conseil d'Etat", rappelle-t-elle. "Les parties prenantes au Grenelle

¹³³ le III de l'article 31, le II et le III de l'article 59, l'article 64, le 1° du I et le II de l'article 76, le I de l'article 89, le III et le b du 1° du IV de l'article 95 ainsi que les articles 129, 130 et 134 de la loi déferée ont été annulée principalement en application de la règle, dite « de l'entonnoir », plus sévère que celle relative aux cavaliers législatifs, dans la mesure où un lien indirect est insuffisant pour permettre à une disposition d'être admise après la première lecture. Or, en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, plusieurs dispositions avaient été introduites en méconnaissance de cette règle.

¹³⁴ Les entreprises cotées et celles non cotées de plus de 5.000 salariés permanents (et 1 milliard d'euros de total de bilan ou de CA annuel) produiront ce rapport pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011 avec obligation pour la société de justifier, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elle s'est trouvée dans l'impossibilité de fournir certaines des informations. Les entreprises non cotées de plus de 2.000 salariés (400M€ de total de bilan ou de CA annuel) commenceront pour les exercices clos après le 31 décembre 2012. Et celles non cotées de plus de 500 salariés (et 100M€ de total de bilan ou de CA) pour les exercices clos après le 31 décembre 2013.

de l'environnement étaient opposées à cette distinction, à l'exception des organisations patronales". L'association juge que l'introduction de la double liste "pose non seulement un problème de distorsion de concurrence entre les entreprises, mais aussi ne prend pas en compte la réalité." Le Forum regrette également que "la mise en œuvre de ces obligations, déjà maigres, a été différée d'une année", conformément à la loi Warsmann publiée en mars qui "dispense" également "les filiales de communiquer sur les impacts sociaux et environnementaux, alors que la plupart des violations se situent justement au niveau des filiales d'entreprises françaises à l'étranger", fustige l'association.

Dans le décret, l'obligation s'applique pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011 concernant notamment les entreprises cotées et non cotées de plus de 5.000 salariés (et 1 milliard d'euros de total de bilan ou de CA annuel). Le texte initial prévoyait que la mesure s'appliquait aux exercices clos à compter du 1er janvier 2011.

3-3 Affichage publicitaire : Quand JC Decaux tient la plume

La première réglementation d'ensemble de l'affichage publicitaire extérieure et des enseignes date d'une loi de 1979¹³⁵. Ces règles n'ont pas évolué depuis, tandis que la pression publicitaire s'accroît avec l'évolution de l'urbanisation, notamment aux entrées de villes.

En 2008, une étude sur la publicité extérieure est déclenchée à la demande de Nathalie Kosciusko-Morizet. Le rapport sénatorial de Ambroise Dupont, rendu en 2009, conclut à la nécessité d'une évolution de la législation, qui prend forme dans les articles 36 à 50 de la loi Grenelle 2. Ils prévoient notamment que les règlements locaux ne pourront qu'être plus restrictifs que le règlement national. Un encadrement plus restrictif de l'affichage publicitaire est prévu par la loi, qui introduit une notion de densité, interdit la publicité hors agglomération, et supprime les pré-enseignes dérogatoires admises hors agglomération, en favorisant les économies d'énergie, et en révisant les règles nationales de format et d'emplacement.

Selon l'association Paysages de France, c'est une « version déjà considérablement dégradée » du décret d'application que le ministère de l'Ecologie met en ligne du 23 février au 17 mars 2011. L'association évoque sur son site « une consultation publique qui, si les associations ne

¹³⁵ La loi n°79-1150 du 29 décembre 1979 définit les règles applicables aux dispositifs publicitaires, enseignes et pré-enseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique afin d'assurer la protection du cadre de vie tout en réaffirmant le principe de la liberté d'expression.

lui avaient pas fait un peu de « publicité », serait demeurée totalement confidentielle ». C'est « une logique de déconstruction » du Grenelle qui est à l'œuvre selon le président de l'association Paysages de France

C'est dans ce contexte que l'on retrouve le député Jean-Luc Warsmann, qui à travers une deuxième loi Warsmann, tente de revenir sur certaines dispositions prévues par la loi Grenelle 2. Examiné par le Sénat début 2012, la proposition de loi « relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives » ; texte fourre-tout, l'article 55 comprend plusieurs alinéas qui rallongent le délai de mise en conformité des panneaux publicitaires avec toute nouvelle réglementation. Alors que la loi Grenelle 2 fixait à 2 ans ce délai pour se mettre en règle, le nouveau texte prévoit de porter ce délai à 6 ans. Des parlementaires dans les rangs de l'UMP s'opposent à ce triplement du délai, qui est repoussé par le Sénat. Pour faire pression sur la CMP, où l'Assemblée Nationale a davantage de pouvoirs, l'association Paysages de France se mobilise notamment via une cyberpétition qui recueille plusieurs milliers de signatures.

« Il est aberrant de remettre en cause le délai sur lequel nous nous étions accordés, surtout pour le porter à six ans », rappelait encore le sénateur UMP Ambroise Dupont.

Le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le 5 mars 2012, d'une demande d'examen de la conformité à la Constitution, d'une part par plus de 60 sénateurs et d'autre part par plus de 60 députés, de la loi relative à la simplification du droit et l'allègement des démarches administratives.

La commission que présidait Jean-Luc Warsmann, a constaté qu'elle ne pouvait parvenir à élaborer un texte commun¹³⁶ : « la commission mixte paritaire se trouvait devant une situation évidente d'opposition entre les deux assemblées, le Sénat ayant adopté le 10 janvier 2012 une question préalable rejetant le texte adopté par l'Assemblée nationale sans souhaiter débattre de ses articles. Face à une telle situation, il n'a pu que constater l'impossibilité pour la

¹³⁶ Cette commission était composée de la façon suivante : M. Jean-Luc Warsmann, député, *président* ; M. Jean-Pierre Sueur, sénateur, *vice-président* ; M. Étienne Blanc, député ; M. Jean-Pierre Michel, sénateur, *rapporteurs*. *Membres titulaires* : M. Jean-Michel Clément, Dominique Dord, Jean-Charles Taugourdeau, Alain Vidalies, Philippe Vuilque, *députés* ; Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, MM. Yves Détraigne, Antoine Lefèvre, Jacques Mézard, Mme Catherine Procaccia, *sénateurs*. *Membres suppléants* : MM. Jean-Paul Chanteguet, Serge Grouard, Marietta Karamanli, Michel Raison, Charles de la Verpillière, *députés* ; M. Martial Bourquin, Mme Nicole Bricq, MM. Michel Delebarre, Claude Domeizel, Hervé Maurey, André Reichardt, Bernard Saugey, *sénateurs*. Le Bureau de la commission a été constitué de la façon suivante : M. Jean-Luc Warsmann, député, président ; M. Jean-Pierre Sueur, sénateur, vice-président. - M. Étienne Blanc, député, M. Jean-Pierre Michel, sénateur, respectivement rapporteurs pour l'Assemblée nationale et le Sénat.

commission mixte paritaire de parvenir à l'élaboration d'un texte commun et, en conséquence, son échec »¹³⁷.

« Après une vaste concertation, la réalisation d'études d'impacts, ce texte d'application a reçu un avis favorable de la CCEN le 20 janvier 2012 puis a été examiné en section des Travaux publics du Conseil d'Etat le 27 janvier 2012 et a enfin été publié le 31 janvier 2012 ». La note de présentation du décret rédigée par le ministère ne comporte aucune référence à la consultation du public. Elle souligne comment la nouvelle obligation peut constituer certes un coût important pour les annonceurs, mais aussi un nouveau marché. Elle semble rédigée dans le souci de favoriser l'adhésion de ces acteurs, et confirme le sentiment d'une activité importante de lobbying de la part de ces acteurs auprès des pouvoirs publics et du politique, comme cela a été révélé par le site arrêt sur images¹³⁸.

MEDDTL/DGALN, Présentation du décret du 30 janvier 2012 relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et pré-enseignes, février 2012, Extraits, p. 7.

« Une réforme qui nécessite une mise en œuvre progressive

Le cap de la réforme est fixé mais il est nécessaire de laisser aux élus et professionnels le temps de s'adapter à ce nouveau cadre législatif et réglementaire. En effet, les élus doivent pouvoir s'approprier les règlements locaux de publicité afin qu'ils puissent mettre en œuvre des prescriptions adaptées à leur territoire et au cadre de vie de leur concitoyens.

L'impact du décret sera différent suivant le secteur dans lequel l'entreprise évolue et en fonction des dispositifs et des territoires concernés (entrée de ville, centre ville, aéroport...).

De manière générale, le décret favorise l'évolution de l'affichage publicitaire vers des formes plus respectueuses du paysage.

Cette évolution a des impacts économiques transitoires liés à la mise en place des nouvelles règles. Il s'agit notamment des déposes liées à la règle de densité et aux investissements de conformité liée aux formats et aux économies d'énergie.

L'adaptation de l'affichage publicitaire représentera : - des marchés pour les enseignistes qui interviendront pour la mise en conformité des enseignes commerçantes avec le décret ; - des investissements pour les afficheurs pour proposer une nouvelle offre, notamment en termes de format d'affichage (notamment le micro-affichage).

Cette réforme va aussi avoir des impacts économiques liés aux modifications structurelles de l'offre d'affichage publicitaire avec des opportunités pour les acteurs de créer plus de valeur (plus grande qualité, plus grande sobriété énergétique des supports, etc...).

Au global, l'investissement à consentir pour adapter l'affichage publicitaire aux nouvelles règles est en partie compensé, pour les entreprises concernées, par la création de marchés à plus forte valeur ajoutée.

Le décret du 30 janvier 2012 a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Par sa décision n°357839 du 12 septembre 2012, le Conseil d'Etat suspend

¹³⁷ Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, par Etienne Blanc et Jean-Pierre Michel.

¹³⁸ Dans un reportage diffusé en juillet 2012, un fonctionnaire dévoile ainsi le lobbying opéré par l'entreprise JCDecaux au moment de l'élaboration du décret. Voir : <http://www.arretsurimages.net/vite.php?id=14183>

partiellement l'exécution du décret, et renvoie au Conseil Constitutionnel « les questions de conformité à la Constitution des deuxième et troisième alinéas de l'article L.581-98, de l'article L. 581-14-2, du premier alinéa de l'article L. 181-18 et de l'article L.120-1 du code de l'environnement ».

C'est dans ce cadre qu'une QPC relative à la conformité de l'article L. 581-9 du Code de l'environnement à la Charte de l'environnement est posée. En ce qui concerne l'article L. 120-1 du c.envir., les questions portent sur la conformité à l'article 7 de la Charte de l'environnement, mais aussi à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Dans leur recours, plusieurs arguments étaient mis en avant ; notamment le fait que, alors que 7000 personnes avaient participé à la consultation, aucune synthèse des contributions reçues n'avait été réalisée.

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 déclare le premier alinéa de l'article L.120-1 du code de l'environnement contraire à la Constitution, en retenant le moyen invoqué concernant la limitation aux seules décisions réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics, sans qu'aucune autre disposition législative générale assure la mise en œuvre de ce principe à l'égard des décisions réglementaires qui peuvent avoir une incidence significative sur l'environnement ; mais dans sa décision il poursuit en considérant « que les autres dispositions de cet article n'en sont pas séparables ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés à l'encontre de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, cet article doit être déclaré contraire à la Constitution ».

Dans leur communiqué, les associations requérantes regrettent donc que le Conseil Constitutionnel n'ait pas répondu à l'ensemble de leurs arguments. « A l'heure où vient d'être adopté le projet de loi visant précisément à modifier ce chapitre du code de l'environnement pour tenir compte des décisions rendues depuis deux ans par le Conseil Constitutionnel, l'incertitude demeure sur les modalités qui doivent être respectées pour la mise en œuvre du « principe de participation » prévu par la Charte de l'environnement ».

CONCLUSION

Dans ce chapitre, il s'agissait d'examiner la portée de la réforme, et plus spécifiquement ses effets sur les modes de production du droit. L'analyse de la mise en œuvre de l'article 244 de la loi Grenelle 2 est particulièrement révélatrice des logiques qui gouvernent la production réglementaire, domaine de l'action publique par ailleurs particulièrement difficile à étudier pour des raisons d'accès au terrain. De ce point de vue, la mise en ligne constitue une première étape vers plus de transparence, qui révèle surtout l'ampleur et l'importance des négociations qui se jouent « en coulisses ». Notre étude donne un aperçu de la complexité du processus d'élaboration des règlements, marqué par une multiplicité des systèmes d'action et de participation ; elle témoigne surtout du caractère éminemment politique de l'écriture des règlements, qui est au cœur d'affrontements proprement politiques. C'est ainsi que des parlementaires s'affrontent – selon des logiques qui transcendent parfois le clivage gauche-droite, pour déconstruire (avec le soutien actif du gouvernement précédent) ou au contraire défendre, ce qui a été fait dans le cadre du Grenelle.

La majorité des décrets auxquels le dispositif s'est appliqué durant les deux années sur lesquelles porte notre étude (mars 2010 - mars 2012) est issue des lois Grenelle. Notre étude constitue ainsi, indirectement, une forme d'évaluation des effets du Grenelle et des impacts des textes qui en sont issus, non seulement du point de vue de la concertation mais aussi du point de vue de l'environnement. Ici, notre étude permet de prendre la mesure de l'importance tout à fait stratégique pour l'environnement, d'une plus grande transparence. L'état des rapports de forces entre les acteurs et intérêts en présence, conduit en effet « naturellement » vers une régression, dans le cadre du processus d'élaboration réglementaire, par rapport aux objectifs et intention fixés dans la loi. Ce n'est pas la mise en ligne, mais bien le contentieux, d'une part, et les effets de la compétition politique d'autre part, qui permettent de lutter avec des chances de succès contre cette logique de « déconstruction »¹³⁹.

C'est en l'absence de toute connaissance voire conscience des expériences étrangères en la matière, sans moyens et dans l'urgence (dans une période de production réglementaire intense du fait des lois Grenelle) et un climat d'incertitude que l'article L. 120-1 est appliqué. En dépit de ces difficultés, une adhésion mesurée des agents en charge de mettre en œuvre les consultations en ligne au Ministère ressort de notre enquête. Selon nous, le nouveau dispositif

¹³⁹ Avec des changements récents du fait de l'alternance, dont il est trop tôt pour mesurer la solidité.

s'inscrit dans, et contribue à, un mouvement plus général de reconfiguration du système d'action et de décision en matière d'environnement qu'il conviendrait d'analyser plus finement dans le cadre de futures recherches.

Enfin, on ne peut que souligner la nécessité d'une forme de « sécurisation » de la procédure, tant pour les services que pour les utilisateurs. L'expérimentation de la publicité des observations du public, de même que la mise en place de garants, prévus par la loi récemment adoptée le 27 décembre 2012, nous paraissent donc constituer des avancées positives, dont il conviendra d'étudier attentivement la mise en œuvre.

BIBLIOGRAPHIE

- Assemblée Nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, n°4340, présenté par M. Bertrand Pancher et Philippe Tourtelier, 9 février 2012.
- Benamouzig D., Besançon J., 2005, « Administrer un monde incertain : les nouvelles bureaucraties techniques. Le cas des agences sanitaires », *Sociologie du Travail*, vol. 47, n°3, p. 301-322.
- Bénéullière S, « La révision de la Constitution est-elle le fait du Prince ? », *La Vie des idées*, 7 mai 2009. ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/La-revision-de-la-Constitution-est.html>
- Blatrix C., « Devoir débattre. Les effets de l'institutionnalisation de la participation sur les formes de l'action collective », *Politix, Revue des sciences sociales du politique*, vol. 15 (57) , 2002: 79-102.
- Bourdieu P, « Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en oeuvre des règlements », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°81-82, mars 1990, pp. 86-96.
- Chazel F., Commaille J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991.
- Lascoumes P., Le Bourhis J.-P., “Des ‘passe-droit’ aux passes du droit. La mise en oeuvre socio-juridique de l'action publique”, *Droit et société*, n°32, 1996, pp. 51-73.
- Chevallier J, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative » *RFAP*, 2011, 1-2 (n° 137-138) 217 à 227.
- Duran P., Theonig J.Cl., « L'Etat et la gestion publique territoriale », *Revue Française de Science Politique*, 1996, vol. 4, p. 581.
- Le Clainche M, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP*, 2011, 1-2 (n° 137-138)
- Laffont J. J., & Tirole J., 1991. The politics of government decision making. A theory of regulatory capture. *Quarterly Journal of Economics* 106(4): 1089-1127
- Levine M. E., & Forrence J. L., 1990. Regulatory capture, public interest and the public agenda. Toward a syntheses” *Journal of Law Economics & Organization* 6: 167-198.
- Majone G, « The New European Agencies : regulation by Information », *Journal of European Public Policy*, 4(2) p. 262-275.
- Margolis M., & Resnick D., *Politics as usual: The cyberspace “revolution”*, Thousand Oaks, Sage publications, 2000.

- Martinais E, « L'écriture des règlements par les fonctionnaires du ministère de l'Ecologie. La fabrique administrative du Plan de prévention des risques technologiques », *Politix*, Vol. 23, n°90, 2010.
- Mendelson Nina A., "Rulemaking, Democracy, and Torrents of E-Mail", *The George Washington Law Review*, Vol. 79:79-1343.
- Mermet L. (1992). *Stratégies pour la gestion de l'environnement - La nature comme jeu de société?* Paris, L'Harmattan.
- Monnoyer-Smith L, « Le débat public en ligne : une ouverture des espaces et des acteurs de la délibération ? », in Revel M. & al. (dir.), *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 155-166.
- Monnoyer-Smith L., *Communication et délibération. Enjeux technologiques et mutations citoyennes*, Hermès Lavoisier, 2011.
- Monnoyer-Smith L, « La participation en ligne, révélateur d'une évolution des pratiques politiques ? », *Participations*, 2011/1 n° 1, p. 156-185.
- Mullin Elizabeth D. 2000, *The Art of Commenting, How to Influence Environmental Decisionmaking With Effective Comments*, Washington DC, The Environmental Law Institute.
- Padioleau J-G, *L'Etat au concret*, Paris : PUF, 1982, 222 pages.
- Pecqueur B., Angeon V., « Proximité et capture de la réglementation. Le cas de la banane martiniquaise », *Economie Rurale*, Année 2004, Volume 280, pp. 59-76
- Stigler G, "The Theory of Economic Regulation," *Bell Journal of Economics*, 2, 1971:3-21.
- Waintrop F, « Écouter les usagers : de la simplification à l'innovation. Témoignage » *RFAP*, 2011, 1-2 (n° 137-138) pp. 209 à 215.

CHAPITRE 5 : LA PRATIQUE BIEN INSTALLÉE DE L'UNION EUROPÉENNE

Par Simon Jolivet, ATER à l'université de Limoges, CRIDEAU-OMIJ EA 3177

La politique de consultation du public de la Commission Européenne concerne indistinctement, et sur la base de normes harmonisées, l'ensemble des domaines d'action de l'Union Européenne (UE). Si l'environnement en fait évidemment partie il ne constitue pas, à l'encontre de la situation rencontrée en droit français mais à l'instar de celle prévalant en droit comparé¹⁴⁰, un champ spécifique d'expérimentation qui préparerait l'expansion éventuelle de la participation à d'autres domaines de l'action publique. Au fond il ne s'agit là, ni plus ni moins, que d'une illustration supplémentaire du fait que l'expérience de l'UE n'a pas, comme cela a déjà été indiqué plus haut¹⁴¹ et contrairement à ce que l'on n'aurait pu penser, inspiré la France lorsque celle-ci a décidé à son tour de fixer un cadre officiel pour la participation aux actes généraux.

Quoi qu'il en soit, le caractère horizontal de la pratique de consultation au sein de l'UE explique que l'analyse qui va suivre ne sera pas strictement limitée au champ matériel de l'environnement. Par ailleurs, d'un point de vue méthodologique, cette description s'appuiera essentiellement sur deux types de sources qui seront mis en miroir : d'une part les textes qui fondent la politique de consultation, spécialement la Communication de la Commission posant les « Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées »¹⁴² ; d'autre part des éléments de la pratique, en particulier tels qu'ils nous ont été relatés au cours d'un entretien par M. Gérard LEGRIS, chef d'unité « Transparence » au Secrétariat Général de la Commission européenne¹⁴³.

En dépit de l'absence persistante de juridicisation des fondements de la politique de consultation du public (I), la pratique de l'UE en ce domaine semble aujourd'hui bien installée. Cela résulte notamment des garanties entourant la procédure de consultation (II) et

¹⁴⁰ Sur ce point, v. les chapitres 7 et 8 du présent Rapport ainsi que les rapports nationaux figurant au tome 2, annexe 1.9.

¹⁴¹ V. le chapitre 2 du présent Rapport.

¹⁴² Commission européenne, « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002)704, 11 décembre 2002. Les principes généraux et normes minimales sont d'application à compter du 1^{er} janvier 2003.

du fonctionnement administratif élaboré qui a été mis en place (III). L'accroissement des contributions et la diversification des participants est d'ailleurs une manifestation de ce succès (IV).

I. – Les fondements de la politique de consultation du public : une absence persistante de juridicisation

Depuis le Traité de Lisbonne, le droit originaire fournit une base juridique explicite à la politique de consultation de la Commission Européenne. En effet, l'article 11 du Traité sur l'Union Européenne (TUE), relatif à la démocratie participative, intègre des éléments qui étaient auparavant dispersés dans des protocoles¹⁴⁴. Il dispose notamment qu'« en vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission Européenne procède à de larges consultations des parties concernées » (§ 3). Outre la transparence, au moins deux autres principes de l'UE énoncés dans ce même article sont mobilisés dans la politique de consultation : le dialogue et l'ouverture. L'ouverture et la transparence concernent aussi bien la Commission elle-même que les parties intéressées, comme l'indiquent les principes généraux et normes minimales (p. 17). Pour la première, cela implique que l'on sache clairement quelles sont les questions examinées, les mécanismes de consultation utilisés, qui sont les parties consultées et pour quelles raisons, et enfin quels sont les facteurs qui influencent la formulation des politiques. Quant aux secondes, il s'agit que l'on puisse voir quels sont les intérêts qu'elles représentent et quel est le degré de cette représentation.

Bien entendu, la consultation du public lors de l'élaboration de textes généraux est largement antérieure au Traité de Lisbonne, et même à l'adoption, en 2002, des principes généraux et normes minimales. Cependant, en l'absence de cadre commun à l'ensemble de la Commission, la consultation se pratiquait alors selon les méthodes propres de chaque service. Un certain manque de cohérence en résultait, qui amena la Commission à réfléchir sur les moyens d'une harmonisation des pratiques. Le Livre blanc sur la gouvernance européenne (2001)¹⁴⁵ constitue précisément le premier élément tangible de cette réflexion. On trouve dans

¹⁴³ L'unité « Transparence » est notamment en charge de la doctrine administrative en matière de consultation du public ainsi que du suivi de l'application des principes généraux et normes minimales par les différentes Directions Générales sectorielles.

¹⁴⁴ Par exemple le Protocole n° 7 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au Traité d'Amsterdam.

¹⁴⁵ Commission européenne, « Gouvernance Européenne : un Livre blanc », COM(2001)428, 25 juillet 2001.

ce document une analyse assez fine de la défiance grandissante des citoyens vis-à-vis de l'UE, qui proviendrait de la mauvaise compréhension de son fonctionnement. L'Europe est à la fois perçue comme trop éloignée et trop envahissante. En pratique, la défiance se matérialise notamment par le « non » irlandais (et plus tard français et néerlandais) et le taux décroissant de participation aux élections du parlement européen. A l'occasion de la publication du Livre blanc, la Commission formule donc plusieurs propositions destinées à rétablir la confiance, parmi lesquelles figure en très bonne place le renforcement de la culture de consultation et de dialogue. A cet effet, elle indique qu'elle établira et publiera des normes minimales de consultation qui porteront essentiellement sur les sujets, le moment, les publics et les méthodes.

Au-delà de cet aspect politico-juridique mis en avant par le Livre blanc il y a également, d'après Gérard LEGRIS, des justifications d'ordre plus technique qui susciterent chez la Commission le désir d'une participation accrue du public. Comparée à ses homologues du niveau national, la Commission est une administration relativement modeste, aux effectifs réduits. Aussi a-t-elle ressenti le besoin, dès l'origine, de s'entourer d'une pluralité de réseaux de collecte des données. Il y a d'abord eu les services des administrations nationales, la « comitologie »¹⁴⁶, et il y a aujourd'hui en complément la consultation. Celle-ci permet à la Commission de se nourrir des contributions des parties intéressées et des citoyens, dans le but avoué d'améliorer *in fine* la qualité du « produit » législatif. C'est la raison pour laquelle il faut, toujours selon Gérard LEGRIS, relier le développement de la consultation avec celui des analyses d'impact de la législation. Dans cette optique, la participation est conçue comme un outil de préparation des analyses d'impact législatives, aidant à distinguer les différentes options politiques envisageables ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs.

Quoi qu'il en soit, les principes généraux et normes minimales furent publiés peu de temps après le Livre blanc sur la gouvernance, et ils constituent toujours le principal fondement textuel de la politique de consultation de la Commission. Leur champ d'application est d'ailleurs très large : il couvre l'ensemble des initiatives de la Commission soumises à une analyse d'impact, c'est-à-dire non seulement les propositions législatives (directives, règlements) mais aussi les initiatives politiques majeures (livres blancs,

¹⁴⁶ Aux termes de la décision du Conseil n°1999/468/CE.

programmes de dépenses, « orientations de négociation des accords internationaux »¹⁴⁷) figurant dans le programme législatif et de travail annuel de la Commission¹⁴⁸. A cette liste s'ajoutent même les livres verts, pourtant exemptés d'analyse d'impact. Avant de revenir plus en détail sur les principaux éléments fixés par ce document, ainsi que sur les points qui pourraient nécessiter d'être améliorés, il convient d'ores et déjà de préciser qu'il ne s'agit là, comme leur nom l'indique, que de normes *minimales*. Dès lors, les directions générales sectorielles sont invitées par le Secrétariat Général à aller plus loin dans leurs pratiques de consultation.

Par ailleurs, la question de l'application de ces normes a été abordée en 2007 dans le cadre du suivi du livre vert « Initiative européenne en matière de transparence »¹⁴⁹. Malgré certaines critiques, la Commission n'a pas estimé nécessaire, à ce stade, de modifier les normes minimales, mais plutôt d'améliorer leur mise en œuvre. En revanche, une telle évolution n'est pas à exclure suite à la consultation concernant la réglementation intelligente dans l'UE, qui s'est tenue sur internet du 27 juin au 21 septembre 2012¹⁵⁰. En effet les participants étaient invités, entre autres, à donner leur avis sur les normes minimales et sur leur éventuelle révision.

En tout état de cause, il est peu probable que ce processus s'accompagne d'une juridicisation des fondements de la politique de consultation, à travers par exemple l'adoption des normes minimales révisées sous la forme d'un règlement européen. La Commission y est aujourd'hui comme en 2002 réticente, craignant toujours, de l'opinion de Gérard LEGRIS, un alourdissement des procédures. Ce dernier résulterait de l'ouverture d'une possibilité d'annulation juridictionnelle des décisions pour défaut de consultation des parties intéressées, autrement dit pour des raisons procédurales. De plus, Gérard LEGRIS estime qu'il existe déjà des garanties quant au sérieux des consultations menées, nonobstant le caractère

¹⁴⁷ En revanche les « propositions résultant d'engagements internationaux » sont en principe exemptées de consultation, sauf volonté contraire de la Commission. En pratique, toutefois, la mise en consultation du projet de ratification d'un traité déjà adopté n'est pas qu'une hypothèse d'école, comme en témoigne par exemple la récente « Consultation publique sur l'application et la ratification du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage découlant de leur utilisation (APA) », 24 octobre – 30 décembre 2011.

¹⁴⁸ Article 2 de la « Communication de la Commission sur l'analyse d'impact », COM(2002)276, 5 juin 2002. Pour déterminer le caractère « majeur » des initiatives politiques, on se fiera à leur impact économique, social ou environnemental.

¹⁴⁹ Commission européenne, « Suivi du livre vert « Initiative européenne en matière de transparence » », COM(2007)127, 21 mars 2007.

¹⁵⁰ Cette consultation fait suite à la Communication de la Commission intitulée « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », COM(2010)543, 8 octobre 2010.

juridiquement non contraignant des normes minimales, et ce grâce au Médiateur européen. Celui-ci considère en effet qu'à partir du moment où une instruction a été communiquée aux services de la Commission, à l'instar de la Communication de 2002, celle-ci vaut engagement vis-à-vis des citoyens. Par conséquent, le Médiateur est habilité à recevoir des plaintes relativement à la procédure de consultation, et à enquêter sur celles-ci. S'il constate effectivement un cas de mauvaise administration, il saisit l'institution concernée (en l'occurrence la Commission) qui dispose alors d'un délai de trois mois pour lui faire tenir son avis. Finalement il transmet à ladite institution, ainsi qu'au parlement européen, son rapport éventuellement assorti de recommandations (article 228 du TFUE). De fait, les plaintes pour mauvaise consultation se développent depuis quelques années devant le Médiateur. En témoigne par exemple, en 2010, cette plainte d'un avocat espagnol à propos d'une consultation sur la fiscalité du secteur financier, en ce qu'elle n'avait été publiée par la Commission qu'en anglais, français et allemand. En l'espèce, le Médiateur a conclu que la politique linguistique restrictive de la Commission constituait un cas de mauvaise administration et a appelé l'institution à publier ses documents de consultation dans les 23 langues de l'UE, ou à produire des traductions à la demande¹⁵¹.

Enfin, pour être tout à fait exhaustif sur les fondements de la politique de consultation, précisons que l'Union Européenne, partie à la Convention d'Aarhus, a adopté un règlement, le 6 septembre 2006, pour assurer son application aux institutions et organes de la Communauté européenne¹⁵². Toutefois celui-ci n'apporte pas d'indications spécifiques concernant la consultation aux actes généraux pris en matière environnementale, dans la mesure où son champ d'application est limité, sur le volet de la participation, aux plans et programmes relatifs à l'environnement.

II. – La procédure de consultation du public : entre décentralisation et harmonisation

Les consultations publiques se pratiquent de façon décentralisée au sein de la Commission, c'est-à-dire que chacun des services conçoit et met en œuvre les consultations qui concernent les textes relevant de son champ d'action. Ainsi chaque direction générale dispose de son propre plan de consultation, qui définit notamment les textes soumis à la

¹⁵¹ Affaire 640/2011/AN, relatée dans le Rapport annuel 2011 du Médiateur européen (p. 36).

¹⁵² Règlement (CE) n° 1367/2006, JOUE L 264/13 du 25 septembre 2006.

consultation et les formes que celle-ci sera amenée à revêtir. Néanmoins, outre sa fonction d'élaboration de la doctrine administrative, le Secrétariat général a un rôle de coordination des pratiques et d'appui vis-à-vis des directions générales¹⁵³. En 2007, lors de l'évaluation de l'application des principes généraux et normes minimales, certaines critiques avaient précisément porté sur le manque de communication entre services au sujet de leurs pratiques en matière de consultation. Depuis lors des réunions sont organisées, à raison de deux ou trois par an, entre les personnes en charge de la consultation dans les différentes directions. Un ordre du jour spécifique est fixé à chacune de ces réunions, mais on y discute aussi plus généralement des bonnes pratiques de chacun qui sont susceptibles d'inspirer les autres¹⁵⁴.

Les efforts d'harmonisation des pratiques à l'intérieur des services de la Commission portent, entre autres, sur les éléments déterminants que sont le « temps » de la participation (A), ses instruments (B), et le retour d'information aux participants (C).

A. Le « temps » de la participation

Le principe général qui détermine le « temps » de la participation aux textes préparés par la Commission est classiquement celui selon lequel la consultation doit être aussi précoce que possible, et en toute hypothèse débiter à un moment où les parties intéressées peuvent avoir une influence sur la décision finale¹⁵⁵. La Commission a prévu plusieurs mécanismes pour rendre effectif ce principe.

D'abord, loin en amont du processus décisionnel, les services sont invités à annoncer leurs initiatives législatives et politiques à venir dans des feuilles de routes, afin de permettre aux différentes organisations de la société civile de programmer leurs contributions aux consultations publiques, et par conséquent d'y prendre part au plus tôt¹⁵⁶. Dans le but de renforcer la visibilité de ces feuilles de routes, la Commission a mis en place, au début de l'année 2012, un nouveau « service d'alerte ». En s'y inscrivant, les organisations enregistrées dans le registre de transparence peuvent recevoir des informations relatives aux feuilles de

¹⁵³ Source : Gérard LEGRIS.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ COM(2002)704 précitée, p. 18.

¹⁵⁶ http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/planned_ia_en.htm

route portant sur de nouvelles initiatives dans leurs domaines d'intérêt, environ un an avant leur adoption¹⁵⁷.

Ensuite, la situation chronologique de la participation dans le processus décisionnel proprement dit a été codifiée. En principe, la consultation intervient juste après la phase de démarrage des travaux, qui consiste en une recherche d'expertise et la publication d'un livre vert. Depuis janvier 2012, la phase de consultation doit durer au minimum 12 semaines, contre 8 auparavant¹⁵⁸. Il s'agit ainsi de faciliter la participation à un stade précoce, tout en répondant à des critiques extérieures prenant notamment l'exemple de la Grande-Bretagne, où la durée minimale de la consultation est précisément de 12 semaines¹⁵⁹.

En tout état de cause, la phase de consultation est donc antérieure à l'analyse d'impact législative, car la Commission considère que les résultats de la participation peuvent servir à l'alimenter. Si cela est jugé nécessaire, une nouvelle phase de consultation peut éventuellement avoir lieu suite à l'analyse d'impact. Dans cette hypothèse, elle prendra davantage la forme d'un débat public¹⁶⁰. Une telle phase de consultation postérieure à l'étude d'impact semble effectivement souhaitable, car on peut légitimement craindre qu'auparavant, la participation souffre d'un certain manque de clarté dans la définition des orientations politiques. L'augmentation des phases de consultation, par la création de phases intermédiaires, est d'ailleurs une doléance exprimée par certains représentants d'intérêts¹⁶¹.

Enfin, vient le temps de la décision politique par le collège des commissaires.

B. Les instruments de la participation

Le principe de proportionnalité conditionne largement le choix des instruments de la consultation. Dans ce contexte spécifique, il signifie que « la méthode et l'étendue de la consultation doivent (...) toujours être proportionnées à l'impact de la proposition et doivent tenir compte de ses contraintes spécifiques »¹⁶². En pratique, la consultation du public peut revêtir de multiples formes. En sus des consultations ciblées (norme « B ») et des

¹⁵⁷ « Pour un rôle accru dans l'élaboration des politiques de l'Union européenne : la Commission étend à 12 semaines les consultations publiques et crée un nouveau « service d'alerte », <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/1&format=HTML&aged=0&language>

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ Source : Gérard LEGRIS.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² COM(2002)704 précitée, p. 18.

consultations ouvertes via internet (norme « C »), qui sont l'objet d'une attention particulière de la part des Principes généraux et normes minimales, la consultation peut aussi prendre la forme de contacts directs avec les représentants d'intérêt, auditions bilatérales et multilatérales, auditions publiques, colloques, etc¹⁶³.

S'agissant des consultations ciblées, les normes minimales fixent un certain nombre de garanties pour la réalisation d'une consultation « équitable ». Les parties concernées par la politique, celles participant à la mise en œuvre de la politique, enfin tout organisme ayant un intérêt direct dans cette politique doivent être invitées à prendre part à la consultation. De surcroît, lorsqu'elle recense les parties concernées, la Commission doit tenir compte de nombreux critères, notamment l'impact global de la politique concernée sur la protection de l'environnement, ou encore la nécessité de maintenir un juste équilibre tant entre représentants des acteurs sociaux et économiques qu'entre grandes et petites organisations ou entreprises. En dépit de ces garanties, les participants à l'évaluation de 2007 déjà évoquée étaient d'avis que l'organisation de consultations ciblées n'était pas toujours effectuée de façon suffisamment équilibrée entre les secteurs concernés. S'il n'existe toujours pas, à l'heure actuelle, de critères harmonisés entre les différents services pour la sélection des participants aux consultations ciblées, les choses pourraient évoluer, selon Gérard LEGRIS, suite à la consultation sur la réglementation intelligente.

Sans pour autant être exclusif, l'outil électronique apparaît privilégié dans le domaine des consultations publiques ouvertes. D'après Gérard LEGRIS, la mise à disposition d'un questionnaire en ligne a l'avantage de structurer la consultation. Les services disposent d'ailleurs d'un logiciel spécial pour bâtir le questionnaire¹⁶⁴. Afin d'assurer leur visibilité et, partant, leur accessibilité, les consultations ouvertes sont toutes publiées sur un point d'accès unique abrité par le portail « Votre point de vue sur l'Europe »¹⁶⁵. Hélas, il semble que la pratique consistant à créer des questionnaires restreints et peu nuancés soit encore trop répandue parmi les directions générales. Tout en étant conscient qu'il reste toujours possible d'envoyer par courrier postal une contribution parallèle à la Commission (laquelle est tenue d'y répondre dans un délai de 15 jours), le Secrétariat Général encourage néanmoins les

¹⁶³ Source : Gérard LEGRIS.

¹⁶⁴ « Interactive Policy Making » (IPM).

¹⁶⁵ http://ec.europa.eu/yourvoice/index_fr.htm

services à avoir une démarche « ouverte et inclusive »¹⁶⁶. Cela implique notamment de poser des questions plus ouvertes et de mettre à disposition des « boîtes ouvertes » à la suite de chaque question pour donner davantage de liberté aux répondants.

C. Le retour d'information

En premier lieu les services sont tenus, en vertu des normes minimales, de fournir un accusé de réception aux contributeurs, lequel prend alternativement la forme d'une réponse individuelle ou collective. Puis ils doivent envoyer un courriel d'information une fois qu'ils ont produit le rapport-bilan présentant les résultats de la consultation. Chaque participant peut alors voir l'ensemble des contributions reçues, une fois la consultation close. En revanche, cela n'est pas toujours possible pendant la durée de la consultation. On peut le regretter, car voir les contributions des autres participants donnerait la possibilité de confronter les points de vue entre eux. Mais il existe aussi un risque associé à cette faculté, que la Commission ne semble pas, du moins pour l'heure, prête à courir : celui de voir émerger des postures stratégiques qui ne correspondraient pas à l'expression du véritable point de vue de chacun.

Enfin, et peut-être surtout, les exposés des motifs qui accompagnent les propositions législatives reprennent non seulement les résultats de la consultation, mais ils indiquent aussi la façon dont ceux-ci ont été pris en compte dans le texte (norme « E »). C'est pourquoi il serait souhaitable (ce n'est pas encore systématique), d'après G. LEGRIS, qu'un courriel d'information soit à nouveau envoyé aux participants lorsque la proposition législative de la Commission est publiée¹⁶⁷. Du reste, le manque d'explications concernant la façon et la mesure dans laquelle les observations formulées sont prises en compte par la Commission avait été pointé comme une lacune au cours de l'évaluation de 2007. M. LEGRIS concède à cet égard que, par exemple, les raisons pour lesquelles des propositions exprimées durant la consultation n'ont pas été retenues figurent encore assez rarement dans l'exposé des motifs. Les arbitrages politiques pourraient donc être plus clairement exprimés.

¹⁶⁶ Selon les termes de M. LEGRIS.

¹⁶⁷ Rappelons au passage que la pratique consistant, pour la Commission, à publier ses propositions législatives est très ancienne, puisque la rubrique « actes préparatoires » de la partie C « communications et informations » du Journal Officiel existait déjà en 1968.

III. Le fonctionnement administratif de la politique de consultation

La procédure est tellement décentralisée que Gérard LEGRIS reconnaît qu'il est difficile d'évaluer le coût de la procédure, aussi bien en termes d'agents mobilisés par direction qu'en termes de moyens financiers nécessaires. D'autant plus qu'il n'y a pas nécessairement d'effectifs dédiés en tant que tels à la consultation, certains agents pouvant être amenés à pratiquer la consultation sur des textes relevant de leurs compétences propres.

Toujours est-il que, lorsqu'un agent mène une consultation, il doit successivement procéder aux opérations suivantes : déterminer ce qu'il veut savoir grâce à la consultation ; rechercher les moyens d'atteindre le public le plus large ; rechercher le ou les instruments de consultation les plus adéquats pour le texte en question ; effectuer le lancement de la consultation ; enfin, collecter les contributions et les analyser. Concernant cette dernière étape, il n'existe pas, au sein de la Commission, de méthode prédéterminée d'analyse des contributions. Chaque agent demeure donc libre sur ce point. Parfois, des contrats sont passés avec des sociétés extérieures à la Commission pour l'analyse des contributions. M. LEGRIS souhaite cependant que cela demeure l'exception, à juste titre selon nous, étant donné les risques de manipulation inhérents à ce type de pratiques.

Une fois l'analyse des contributions effectuées, le rapport-bilan de la consultation est transmis au cabinet du Commissaire européen concerné. Evidemment, à la fin, « seul le collègue des Commissaires est en droit d'apprécier les arguments positifs et négatifs invoqués dans le cadre de la consultation et d'adopter une position définitive dans l'intérêt de la Communauté »¹⁶⁸.

Par ailleurs, toujours du point de vue du fonctionnement administratif de la procédure, le Secrétariat Général insiste, auprès des directions générales, pour que les agents s'occupant de la consultation se mettent en relation avec ceux chargés des infractions. Il voit un lien très fort entre ces activités, toutes deux constituant, à chacun des deux bouts de la chaîne, des sources permanentes d'évaluation des difficultés d'application de la législation.

¹⁶⁸ COM(2002)704 précitée, p. 13.

IV. Une typologie des participants aux consultations publiques

Traditionnellement, les catégories de participants les plus représentées dans les consultations publiques organisées par la Commission sont, assez logiquement, les acteurs collectifs et autres représentants d'intérêts enregistrés dans le registre de transparence¹⁶⁹. Il s'agit spécialement des associations professionnelles, entreprises individuelles, syndicats, collectivités territoriales, organisations non-gouvernementales (ONG), « think tanks », milieux académiques et églises. Les collectivités territoriales sont particulièrement actives dans la participation aux consultations publiques, ce qui concorde avec leur rôle de plus en plus important dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Par ailleurs, certaines ONG ont parfois tendance à confondre la procédure de consultation et celle de pétition, lorsqu'elles encouragent leurs adhérents à envoyer un texte-type identique à la Commission.

Les administrations nationales participent également quelquefois, mais davantage celles des pays nordiques que celles des pays « latins »¹⁷⁰. Il en va d'ailleurs de même pour les parlements nationaux, même si, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ils sont amenés à privilégier les procédures officielles leur permettant de donner leur avis sur les projets de législation dérivée (article 12 du TUE), au détriment des consultations publiques. Quant au Parlement européen, sa participation aux consultations publiques se heurte à la répartition des fonctions au sein de l'UE, puisqu'elle reviendrait à faire entrer le législateur dans la phase d'initiative législative réservée à la Commission. Mais il arrive (quoique rarement) que certains députés européens participent tout de même, à titre individuel¹⁷¹.

Enfin, si le nombre des contributions individuelles tend à augmenter progressivement, la Commission déplore qu'il y ait encore, en règle générale, un aussi faible nombre de participants aux consultations¹⁷². Pour y obvier, et toujours dans l'optique de son approche « ouverte et inclusive », le Secrétariat Général encourage les services à s'interroger, avant de lancer une consultation, sur la meilleure façon d'atteindre le public le plus large possible, et spécialement les publics difficiles à mobiliser (par exemple les exclus).

¹⁶⁹ Source : Gérard LEGRIS.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Idem.*

CONCLUSION

Certes, la participation du public à l'élaboration des actes généraux, telle que pratiquée par la Commission, n'est sans doute pas parfaite. Mais au vu de ce qui précède, son expérience reste remarquable en ce domaine. Du reste, il est toujours loisible à la France de s'inspirer avantageusement de certains des aspects les plus avancés de la procédure européenne, à défaut de l'avoir fait dès le départ. On songe ici notamment aux questions de champ d'application (non limité à l'environnement), de durée de la consultation, de motivation de la prise en considération des résultats, ou encore de la présence d'une sorte de garant de la procédure en la personne du Médiateur européen.

Cela se réaliserait au bénéfice du public, bien sûr, mais peut-être pas seulement. Ainsi, presque dix ans après l'entrée en vigueur des principes généraux et normes minimales, G. LEGRIS observe des évolutions dans la perception des consultations publiques, tant de la part des décideurs politiques européens que des services de la Commission. Alors qu'au départ certains semblaient considérer la consultation simplement comme une formalité procédurale à réaliser parce qu'elle leur était imposée, tel n'est plus vraiment le cas aujourd'hui. En particulier, une prise de conscience s'opère quant à l'amélioration de la qualité du travail législatif résultant de la pratique des consultations, bien aidée par le travail de sensibilisation opéré par le Secrétariat Général. Le recours à la consultation semble finalement – et, somme toute, assez rapidement - devenu presque naturel, ce qui n'est pas le moindre des signes de son acculturation fructueuse au sein du processus décisionnel de l'UE.

BIBLIOGRAPHIE

- Commission européenne, « Gouvernance Européenne : un Livre blanc », COM(2001)428, 25 juillet 2001.
- Commission européenne, « Communication de la Commission sur l'analyse d'impact », COM(2002)276, 5 juin 2002.
- Commission européenne, « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002)704, 11 décembre 2002.
- Commission européenne, « Suivi du livre vert « Initiative européenne en matière de transparence » », COM(2007)127, 21 mars 2007.
- Commission européenne, « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », COM(2010)543, 8 octobre 2010.
- Rapports annuels du Médiateur européen :
<http://www.ombudsman.europa.eu/fr/activities/annualreports.faces>
- « Votre point de vue sur l'Europe », portail internet dédié aux consultations publiques de la Commission européenne :
http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm

CHAPITRE 6 : « NOTICE AND COMMENT » AMÉRICAIN : UNE PROCÉDURE ORDINAIRE¹⁷³

Par Michel Prieur, Professeur émérite à l'Université de Limoges, Directeur scientifique du CRIDEAU-OMIJ, Président du CIDCE

Les Etats Unis sont probablement les premiers à avoir organisé juridiquement la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires de l'administration gouvernementale. L'origine de cette participation publique intervenue dès 1946 dans le code de procédure administrative (administrative procedure act APA) est à rechercher dans la volonté de préserver l'équilibre des pouvoirs entre le congrès et l'exécutif. C'est en effet à la suite de la politique de « new deal » du président Franklin Roosevelt que le gouvernement a accru considérablement ses pouvoirs en créant au moins 15 nouvelles « agences »¹⁷⁴ entre 1930 et 1940. En réaction contre cette bureaucratie croissante et compte tenu des dangers d'une participation alors sans règles ni standards, la réforme du 11 juin 1946 a cherché à mieux contrôler l'action administrative en amont, c'est-à-dire lors de l'élaboration des nouvelles normes réglementaires. Mais APA n'a pas cherché à ce que toutes les procédures de participation soient uniformes pour toutes les agences. C'est pourquoi l'ensemble est d'une grande complexité en raison de la diversité des régimes juridiques applicables. Pour un spécialiste américain de droit administratif, cette procédure est : « la plus grande invention d'un gouvernement moderne » (Kenneth Culp Davis, administrative law treaties, §6.15 at 283 (supp.1970))

Les Agences ont le pouvoir de prendre des règlements administratifs par délégation du pouvoir législatif dans diverses circonstances : en application d'une loi spéciale (statutes) votée par le Congrès ; en vertu du statut ayant créé l'Agence ; à la demande spéciale du Congrès ; à la suite d'une pétition provenant du public en application d'une loi de 1981 qui donne à toute personne le droit de proposer un règlement ou sa modification (5 USC §553 (e)). Suite à une telle pétition, l'Agence peut décider de l'annoncer dans le Federal Register et de solliciter des commentaires du public.

Chaque Agence a dû adopter des règles particulières mettant en œuvre la participation du public. Le code de procédure administrative a été inséré dans le titre 5 du code des Etats Unis

¹⁷³ Le présent rapport a pu être réalisé grâce au précieux soutien de « Environmental law Institute » à Washington, en particulier à Carl Bruch et à ses collaborateurs qui ont organisé tous les rendez-vous pour les entretiens.

(United states code) aux sections 551 et s. On se limitera à l'examen de la participation dans le cadre de la seule procédure de « rulemaking », qui consiste à élaborer une norme juridique générale (a rule) en excluant la procédure d'« adjudication » qui concerne le régime des droits individuels octroyés au moyen d'« order ». Compte tenu de la distinction entre « informal rulemaking » and « formal rulemaking » on ne s'attachera qu'à la première procédure. « Formal rulemaking » n'est applicable que lorsqu'elle est prévue par une loi autre que APA ; elle exige une audition publique organisée par l'agence et présidée par un juge et revêt un caractère beaucoup plus solennel. La « informal rulemaking » est en réalité la plus utilisée sur la base de l'art. 553. Elle implique trois éléments : 1) une publication de la règle proposée, 2) la possibilité pour le public de soumettre des commentaires écrits et 3) la publication de la règle accompagnée d'un rapport la justifiant au moins 30 jours avant son entrée en vigueur. C'est cette dernière procédure qui est généralement appelée « notice and comment ». La règle procédurale de la section. 553 est le minimum à respecter par les « agences ». Chacune d'entre elles peut adopter des procédures plus élaborées. Il y a ainsi un éventail de procédures de participation qui va d'hypothèses sans aucune participation du public (cas des exemptions), à une participation « formelle » au titre des sections 556 et 557, en passant par la participation au titre de « notice and comment ».

Si le régime procédural mis en place en 1946 s'applique à tous les secteurs des politiques publiques, depuis l'apparition d'une politique publique sur l'environnement en 1969 et la création de l'agence sur l'environnement (EPA), la procédure de participation du public semble avoir bénéficié d'un certain regain d'intérêt tant pratique que doctrinal. Il est certain que le public concerné par l'environnement est très large et que la place des ONG d'environnement aux Etats Unis n'a pu qu'amplifier l'intérêt d'une telle participation à l'élaboration des décisions publiques. Il est tout à fait remarquable que l'ouvrage de référence en droit procédural administratif américain du professeur Robert L. Glicksman de la Georges Washington University law school intitulé « administrative law : Agency action in legal context » (Foundation press, New York, 2010) a décidé d'illustrer son chapitre consacré à « notice and comment » par des références et des cas tirés du droit de l'environnement et de EPA. De plus « The national research council » dépendant de l'Académie nationale des sciences et chargé de conseiller le gouvernement fédéral a lui-même entrepris une recherche pluridisciplinaire sur la participation du public en matière d'environnement (Public

¹⁷⁴ Le terme « agence » correspond à toute autorité relevant du gouvernement central des Etats Unis, contrôlée ou nom par une autre agence, mais excluant le congrès, les tribunaux et les gouvernements des Etats membres de la fédération.

participation in environmental assessment and decision making, Thomas Dietz and Paul C. Stern editors, Washington, 2008). Le présent rapport s'appuiera largement sur ces deux documents complétés par des entretiens réalisés à Washington et des articles récents de revues juridiques américaines. On doit à la vérité de constater qu'aux Etats Unis la participation du public n'est pas vraiment un sujet d'actualité, s'agissant d'une vieille procédure datant d'il y a 66 ans et que les interlocuteurs rencontrés étaient surpris de savoir qu'en France cela était devenu une question d'actualité seulement depuis la loi grenelle 2 du 12 juillet 2010 et que la procédure ne s'appliquait qu'en matière d'environnement et pas dans toutes les politiques publiques.

Le système initial de 1946 a été au fil du temps toujours amélioré à la recherche d'une forme de participation satisfaisant à la fois pour la société civile et pour l'administration. Un modèle plus actif de participation a été encouragé par le Congrès dans la révision de la loi sur le logement de 1954 (housing act) et plus tard dans la loi sur l'opportunité économique de 1964 (economic opportunity act) qui visait à atteindre « la participation faisable maximum » pour le développement urbain. La politique de l'environnement des années 1969 s'inscrit délibérément dans la perspective d'un renforcement de la participation conduisant à une meilleure décision et donc à un meilleur environnement. Ce n'est pas un hasard si au même moment l'étude d'impact sur l'environnement fit son apparition dans la loi sur l'environnement ou NEPA (National environmental policy Act) en tant qu'instrument d'évaluation préalable des activités projetées accompagné d'une participation du public adéquate. Cette évolution fut accompagnée par un renforcement du droit à l'information (Freedom of information act –FOIA- de 1966, renforcé en 1974 et en 1996). Le rapport du National research council (p. 42) considère, qu'en dépit de la complexité croissante des décisions environnementales qui impliquent souvent plusieurs administrations, on constate depuis 2000 que plusieurs agences ont conservé et parfois renforcé leur intérêt pour une participation accrue du public, alors que parfois dans les années 70 certains fonctionnaires y voyaient encore un frein à leur pouvoir discrétionnaire (sur la participation du public dans le domaine spécifique de l'eau, voir Robin Kundis Craig, *The clean water Act and the constitution*, ELI press, 2^o ed. 2009, p.169 et s.). La participation a évolué aussi sous la pression du contrôle des juges devant de plus en plus exigeants au point que la Cour Suprême a mis un frein à ce qui était considéré comme un excès de formalisme (décision Vermont Yankee de 1978 v. infra). Sur cette évolution historique de la participation du public à la procédure de « notice and comment » au plan juridique et de science politique voir l'article

approfondi de James V. DeLong « Informal rulemaking and the integration of law and policy », Virginia law review, 65, 1979, p.257 à 356.

Mais compte tenu de la diversité des procédures applicables à l'élaboration des textes réglementaires et en raison des exemptions prévues pour celles soumises à participation du public, il semble que la procédure avec participation du public au titre de « notice and comment » ne soit pas la plus fréquente d'utilisation. Selon Kerwin plus de la moitié des textes réglementaires seraient approuvés sans participation du public organisée formellement (Kerwin C. Rulemaking : how government agencies write law and make policy, 3^o ed. Washington DC CQ press, 2003, p. 179-180). Cependant en matière d'environnement, la procédure de participation du public est probablement organisée plus fréquemment que dans les autres secteurs.

I. Les modalités procédurales de la participation dans le cadre de « notice and comment »

La procédure de « notice and comment » ou « informal rulemaking » repose sur la section 553 de APA. Avant d'examiner les étapes de la procédure de participation il convient de préciser quels sont les cas d'exemptions (pour une présentation complète : Benjamin Mintz, A guide to federal agency rulemaking, Administrative conference of the US, 2^oed, 1991 ; Jeffrey S. Lubbers, A guide to federal agency rule making, Chicago, American Bar Association, 4^oed. 2006).

A. Les exemptions au régime de « notice and comment »

Selon la section 553 (a) et (b) elles sont au nombre de quatre ;

- 1) Les questions militaires et les affaires étrangères
- 2) Les questions de gestion des Agences et de leur personnel, les questions de propriété publiques, de prêts, pensions et de contrats
- 3) Les règles interprétatives, les règles d'organisation des Agences, les règles de procédure, les circulaires.
- 4) Quand l'Agence pour de bonnes raisons (« good cause ») considère que la participation serait impraticable, non nécessaire ou contraire à l'intérêt public.

Ces exemptions sont interprétées restrictivement par les tribunaux car elles dérogent au principe général de la participation (voir un commentaire de jurisprudence sur les

exemptions : Roberts S.Shwartz , *Georges Washington law review*, 57, 1988-1989, p.1069-1092). En réalité ces exemptions n'ont pas un caractère obligatoire et de nombreuses agences appliquent « notice and comment » même dans ces hypothèses. Ainsi en est-il de l'administration des forêts pour les propriétés publiques forestières. Pour les règles de procédure la jurisprudence veille à vérifier qu'elles ont ou non un « impact substantiel » sur les intérêts et droits des particuliers et soumet à « notice and comment » les règles de procédure affectant les droits individuels (*Air transport association v. department of transportation* 900F. 2d369 –D.C. Cir 1990). La 4^o exemption a pu être considérée comme visant les situations d'urgence impliquant une décision immédiate. Lors de la pollution de pétrole dans le golfe du Mexique, alors que l'Agence compétente imposait un moratoire à l'exploitation pétrolière offshore en urgence et sans participation du public, les pétroliers attaquèrent la décision pour absence de « notice and comment ».

B. Étapes de la procédure¹⁷⁵

Il convient de distinguer la procédure normale de « informal notice and comment » d'hypothèses particulières

I - La procédure normale comporte trois phases : l'annonce du projet et sa publication, la participation proprement dite et la décision finale.

1. L'annonce du projet de réglementation par la voie d'une publication officielle (notice)

a. L'exigence de la publication au Journal officiel (Federal Register) :

Il est exigé la publication d'une information générale sur la réglementation projetée sans identifier le nom des personnes éventuellement concernées par le projet. Cette exigence n'empêche pas l'administration de communiquer simultanément le projet par tout autre moyen (internet, presse, publicité) et pour des catégories particulières de public.

Cette annonce n'est pas une surprise pour les administrés. En effet le gouvernement a l'obligation d'annoncer à l'avance deux fois chaque année (en octobre et avril) la liste des projets qu'il envisage d'adopter en publiant un programme de réglementation au Federal Register dans le « regulatory flexibility Agenda ». Cette annonce est imposée par la loi de 2000 « regulatory flexibility Act (5 USC/§602). Elle était déjà pratiquée dès 1993 en application de l'executive order n°12866. Cette annonce du programme de réglementation figure dans « agenda of regulatory and deregulatory actions » publié dans les sites « reginfo.gov » et « regulations.gov » et dans le Federal register.

Le public intéressé est donc mieux préparé à participer grâce à cette information. Depuis 1994 le Federal Register est d'accès gratuit via internet ce qui change considérablement les conditions d'accès à la publication du projet qui nécessitait auparavant d'être abonné ou de se rendre dans une bibliothèque publique. Depuis 2003 l'annonce est aussi faite par internet. De plus l'annonce du projet peut porter sur un avant-projet de réglementation sans que le projet de texte soit déjà rédigé.

Avant publication du projet, le texte, s'il soulève des questions importantes, peut être soumis pour contrôle au président comme chef de l'exécutif (office of information and regulatory affairs, OIRA).

b. Le contenu de l'annonce :

Un contenu minimum est exigé par la section 553 (b). Les Agences peuvent prévoir un contenu plus important. L'intention du code de procédure administrative était que le document publié soit suffisant pour motiver honnêtement les personnes intéressées par le projet afin qu'ils puissent présenter en réponse des données et des arguments (legislative history of the APA, 12946, cité par Robert Glicksman, op.cit.p. 347). La fonction de « notice » est de minimiser les dangers de l'arbitraire et d'une information insuffisante (NRDC v. EPA, 822 F 2d, 104, 121 (D.C. Cir. 1987).

La jurisprudence a précisé que la publication doit fournir suffisamment de détails factuels et de données pour permettre aux parties intéressées de commenter (Honeywell international v. EPA, 372 F 3 d441, 445 (DC Cir. 2004). Si des informations importantes sur les quelles reposait le projet ne sont pas fournies il y a violation de la section 553 (Portland Cement ass. v. Ruckelshaus 486 F 2d, 375, 393(D.C. Cir. 1973).

Le Code impose :

- L'indication de la durée, du lieu et de la nature de la procédure entamée

Le code n'impose pas de durée minimum pour les commentaires. Chaque Agence en décide « raisonnablement ». La durée habituelle est de 60 jours, elle est prolongée à la discrétion de l'Agence pour chaque cas particulier. Les Agences peuvent aussi accepter des commentaires après l'expiration du délai officiel.

- La référence de l'autorité publique responsable du projet et de son adoption

- Soit le texte ou la substance de la règle proposée, soit une présentation du sujet traité et de ses enjeux.

¹⁷⁵ Cf. tome 2, annexes 1.5

S'y ajoutent sur la base de textes particuliers la référence de la prise en compte d'une série croissante d'analyse d'impact des règlements (regulatory impact analysis) qui s'imposent selon des critères variables avec chaque impact analysis :

- The regulatory flexibility Act (RFA) de 1980 (amendé par the small business regulatory enforcement fairness Act de 1996) qui exige la préparation d'une étude d'impact du projet sur les petites entreprises et autres petites entités
- The paper reduction act (PRA) de 1980 qui impose l'aval de l'OMB (office of management and budget)
- The national environmental policy Act (NEPA) qui impose une étude d'impact sur l'environnement pour les règlements ayant un effet significatif sur l'environnement. Mais les projets de règlements préparés par EPA sont dispensés d'étude d'impact. L'étude d'impact n'est imposée que pour les projets de règlements des autres agences qui ont un impact sur l'environnement.
- The Reagan executive order 12291 de 1982 (modifié par les présidents successifs, voir Obama 13497, 2009) impose une analyse cout- bénéfique avant l'adoption d'une règle
- Then unfunded mandates reform Act (UMRA) qui exige d'évaluer l'impact d'une réglementation sur les autorités des Etats, les autorités locales et tribales et sur le secteur privé
- The information quality Act (IQA) qui impose la garantie d'une qualité, d'une objectivité et d'une intégrité aux informations accompagnant le projet de règlement.
- Environmental justice or environmental racism pour assurer l'équité environnementale dans les populations minoritaires et les milieux défavorisés (executive order 12898, 1994)
- Protection des indiens d'Amérique (executive order 13175, 2000).

2. Les formes de la participation (comment)

Selon la section 553 (c) l'Agence doit permettre aux personnes intéressées de soumettre des données écrites, des points de vue et des arguments avec ou sans possibilité de présentation orale.

Plusieurs lois sur l'environnement ont introduit des auditions orales (public meetings) plus ou moins formalisées (à la demande ou non du public) lors de la procédure de participation contribuant au développement de procédures dites « hybrides ».

Durant tout le processus de notice and comment et pas uniquement dans la phase de « comment », l'Agence de l'environnement (EPA) sollicite ou reçoit des informations sur : la politique à suivre, les objectifs poursuivis, les effets sur l'industrie ou la santé, les faits et les

données scientifiques, l'analyse des faits, le contexte juridique déjà existant, les moyens envisagés d'application du projet de règlement. Toutes ces données accumulées doivent être enregistrées dans le dossier officiel ouvert sur le projet en cause. Les commentaires reçus sont sur le site officiel Regulations.gov. Ils sont immédiatement accessibles à tous. Aussi certains attendent le dernier moment pour commenter après avoir pris connaissance des autres commentaires déjà reçus. Compte tenu du formalisme inhérent à la procédure et du fait des risques permanents de contentieux ultérieur, la place des juristes conseillers des commentateurs est très importante.

A l'expiration de la période de commentaires l'Agence peut décider d'une seconde période de commentaires pour que le public réponde aux premiers commentaires, bien que la loi ne le prévoit pas.

3. Le contenu de la décision finale

L'administration conserve toute latitude d'adopter ou non la réglementation envisagée. APA est à cet égard particulièrement succincte. Il est seulement exigé que la règle soit adoptée après prise en considération des arguments présentés et doit être accompagnée d'un rapport général mais concis sur les fondements et les objectifs de la réglementation (a concise general statement of their basis and purpose). Il s'agit donc d'un exposé des motifs appelé « préambule » dont le contenu est en adéquation avec les résultats de la phase 2 de participation ou comment. Il n'y a pas de norme standard pour ce document essentiel ; tout dépend de l'importance de la règle adoptée et de sa complexité, il peut prendre plusieurs pages. Il est certain que la décision finale doit tenir compte des commentaires adressés à l'administration. La difficulté réside dans le niveau de prise en compte. Les tribunaux exigent que l'Agence démontre qu'elle a pris en considération les commentaires du public en répondant à ces commentaires dans le rapport qui accompagne le règlement final. Bien entendu le rapport ne doit pas répondre à tous les commentaires, mais seulement à ceux considérés comme significatifs et pertinents. « L'agence doit démontrer la rationalité du processus de décision en répondant aux commentaires pertinents et significatifs » (Cement Kiln Recycling coal v. EPA, 493 F 3d 207, 225 (D.C. Cir. 2007).

Sur le plan formel, la pratique a consisté à généraliser la création d'un dossier spécial pour chaque projet de réglementation soumis à notice and comment ou « rulemaking record ». Grâce à ce dossier d'enregistrement de toutes les pièces de la procédure l'administration assure au public une plus grande transparence, fournit les bases de la décision à prendre et se constitue un dossier complet en cas d'un éventuel contentieux ultérieur. Les pièces figurant dans ce dossier varient avec chaque Agence. Cela permet notamment au public d'avoir accès

aux commentaires des autres et d'éventuellement de répondre à certains commentaires du public. L'échange de commentaires enrichit le processus de participation.

Aucun délai n'est imposé entre la fin des commentaires du public et l'adoption du texte réglementaire sous réserve de délais pour réglementer imposés par la loi dans certains cas. En moyenne la durée d'élaboration d'une règle dure un an.

Avant l'adoption de la décision finale, le plus souvent l'administration devra se concerter avec d'autres Agences ou services. En réalité elle a déjà procédé à des consultations interservices et a déjà reçu des commentaires d'autres administrations qu'il conviendra d'insérer dans le dossier et de rendre publics. L'agence devra aussi renvoyer le projet final avant publication au Président (OIRA) qui pourra aussi adapter le texte aux commentaires.

Le texte final accompagné de l'ultime étude d'impact finale (qui aura entre temps pris en compte éventuellement des commentaires du public) doit être adressé pour contrôle à l'OMB au moins 30 jours avant la publication d'un règlement important et 10 jours pour les autres règlements.

Le contenu du rapport qui accompagne la décision finale doit refléter les apports de la participation du public et servir de justification de la décision. Ce document est essentiel dans l'hypothèse d'un contrôle juridictionnel ultérieur/ mais il est aussi un acte pédagogique pour l'administration elle-même qui, à cette occasion, s'assure qu'elle prend bien une décision nécessaire et justifiée. Comme la Cour suprême l'a exposé, c'est là que l'administration doit examiner les données du problème à réglementer, fournir une justification satisfaisante pour son intervention, établir un lien rationnel entre les faits constatés et le choix qui a été fait (*Motor vehicle manufacturer association v. State Farm Mutual automobile insurance* 463 U.S. 29 (1983)). La nécessité d'expliquer clairement pourquoi les alternatives ont été rejetées a également été soulignée par la Cour suprême dans cette dernière décision. Aussi il est considéré que la rédaction du rapport accompagnant le texte finalement adopté est une étape essentielle du processus de participation du public et de son effectivité. Cela implique pour l'administration un gros investissement en temps et en matière grise.

II - Les hypothèses particulières :

1. La procédure hybride

L'évolution de la pratique et du droit influencée par la jurisprudence a introduit après les années 1970 une procédure hybride de rulemaking. Il était alors considéré que la procédure ordinaire de notice and comment était insuffisante car les Agences restaient trop prisonnières des milieux industriels (agency capture) aux ressources plus grandes que les ONG. Aussi a-t-on, cherché à réduire la dépendance des Agences face aux intérêts industriels. C'est ainsi que

plusieurs lois sectorielles en matière d'environnement ont imposé lors de la procédure de notice and comment des exigences plus rigoureuses que « l'informal notice and comment » mais moins exigeantes que le « formal rule making » des sections 556 et 557 APA. D'où leur qualification de « hybrid rulemaking ». La loi la plus exigeante en la matière semble être la loi sur l'air (clean air Act (42 USC§7607d). Parmi ces exigences plus rigoureuses on trouve l'obligation :

- D'ouvrir un dossier spécial qui rassemble toutes les pièces de la procédure (rulemaking docket) : l'annonce du projet, les commentaires reçus, la transcription des auditions publiques et des entretiens oraux, les documents et autres matériels servant dans les consultations inter-services. Ce dossier a un numéro, un lieu de dépôt, il est ouvert au public qui peut en obtenir copie ou mail.
- De fournir lors de l'annonce du projet des informations supplémentaires telles que : données factuelles, méthodologie utilisée, interprétations et analyses juridiques et politiques du projet
- De recueillir des commentaires oraux qui doivent être enregistrés
- Des explications supplémentaires accompagnant l'acte final publié avec des réponses aux commentaires et aux critiques

D'autres lois sur l'environnement imposent aussi des exigences plus grandes que le droit commun de informal notice and comment (Toxic substances control Act, the safe drinking water Act, the resource conservation and recovery Act). L'agence de l'environnement (EPA) est invitée à encourager la participation et à publier des lignes directrices minimum pour la participation du public (42 USC §6974 (b) (1).

2. L'annonce anticipée de la préparation d'un règlement ou advance notice of proposed rulemaking (ANPRM)

L'annonce normale du projet de réglementation comporte en principe le texte même à adopter. Il est apparu parfois utile de déclencher une procédure de participation en amont de la rédaction du texte dans l'hypothèse où l'administration souhaite en fait recueillir des avis sur l'opportunité d'une nouvelle réglementation. Cette pratique s'est développée à partir de 1976. Certains textes l'ont prévu (par exemple Energy policy and conservation Act 42 U.S.C §6295 (i). En matière d'environnement cette annonce anticipée s'appliquerait dans environ 15% des cas.

3. La procédure simplifiée de prise de décision ou « direct final rulemaking » (la publication immédiate du règlement soumis à participation ou l'application suspendue du règlement sous réserve de participation)

Une pratique parfois consacrée dans certaines agences consiste à simplifier la procédure de droit commun de « notice and comment » sans s'exempter totalement de la consultation et participation du public sur la base de EPA (supra les exemptions p. 3). Dans des domaines réputés sans controverses ou pour des modifications ou adaptations mineures de texte sans enjeux ou des mises à jour, l'Agence publie directement le texte final de la réglementation dans le Federal Register. Il est précisé que le texte publié entrera en vigueur dans un certain délai à moins que d'ici là des commentaires substantiels du public soient adressés à l'administration ou que le public annonce l'intention d'adresser des commentaires. Si aucun commentaire n'est reçu dans les délais, le Federal Register publie alors une confirmation de l'entrée en vigueur du règlement. Si un ou des commentaires sont reçus, l'Agence doit retirer le règlement avant sa date d'entrée en vigueur. Elle peut alors choisir soit d'abandonner la réforme projetée, soit de la soumettre à « notice and comment » en publiant le projet de réglementation éventuellement déjà remanié. Ainsi, par exemple, le Federal Register vol. 77 n° 121 du 22 juin 2012 publie une annonce de EPA qui retire une « direct final rule » qui devait entrer en vigueur le 25 juin 2012 et concernant un projet relatif au contrôle des produits chimiques pour lequel EPA a reçu une intention de soumettre des commentaires opposés à cette réglementation. Dans le même Federal Register est publiée une « notice » sur le même texte soumis à la procédure habituelle de « notice and comment » et ouvrant la période de « comments » (Voir Ronald M. Levin, Direct final rulemaking, *The Georges Washington law review*, vol. 64-1, 1995, p.1-34).

4. La répétition de la procédure pour le même projet

Il arrive parfois qu'une administration considère que son projet final est tellement différent du projet soumis au public qu'il risque une censure des tribunaux. Aussi la nouvelle rédaction du projet va-t-elle être soumise à nouveau au processus de notice and comment. Il peut arriver aussi qu'au cours du processus de participation surviennent des événements ou la publication de rapports scientifiques qui conduisent à revoir l'ensemble du texte ; l'Agence déclenchera alors à une nouvelle procédure de notice and comment. Pour les tribunaux l'ouverture d'une nouvelle procédure de participation intervient dans la mesure où le texte final n'apparaît plus comme le prolongement logique du projet initial (logical outgrowth).

5. L'élaboration négociée d'un règlement

Une loi de 1990 a introduit une procédure spéciale de « negotiated rule making » appelée « regulatory negotiation » ou « reg-neg ». Il s'agit pour des projets complexes qui concernent un nombre limité d'administrés de procéder à une véritable négociation du texte au sein d'un

comité ad hoc animé par un médiateur qui doit aboutir à un consensus. Le projet ainsi élaboré est alors soumis à la procédure publique normale de notice and comment.

6. Les contacts avec les tiers durant la procédure (ex parte communication)

Quel sort est réservé aux contacts que l'Agence et les fonctionnaires chargés du projet de réglementation peuvent ou non entretenir durant les différentes phases de la procédure avec des tiers? Cette question délicate relève plus de la déontologie publique que du droit. Elle est néanmoins essentielle car la variété des formes de lobbying est telle que les influences extérieures sur le contenu du texte peuvent réduire à néant l'utilité et les effets de la participation du public. De plus les arguments échangés « off » c'est à dire en dehors de la procédure officielle ne pourront pas être contredits par d'autres groupes intéressés, ce qui introduit une inégalité au sein du public. Ces pratiques peuvent également aboutir à décourager la participation du public sachant, qu'en tout état de cause, une négociation ou des contacts officieux parallèles traitent du même texte. C'est donc la crédibilité et l'efficacité de la participation qui sont ici en jeu. Une décision de justice de 1977 considéra que les fonctionnaires devraient refuser de discuter du projet de réglementation en dehors du processus de notice and comment (*Home Box office v. FCC*, 567 F.2d 9 (D.C. Cir). Une décision ultérieure devait revenir en partie sur l'arrêt de 1977 dans l'affaire *Sierra Club v. Costle* (657 F.2D 298 (D.C. Cir. 1981) Il s'agissait d'un projet de réglementation de EPA en application de la loi sur l'air. Une association de protection de l'environnement considérait que l'agence de l'environnement avait négocié avec les industriels en dehors de la procédure de notice and comment, en fait après le délai consacré aux « comment », pour fixer le niveau de pollution admis dans la réglementation adoptée. La cour du district de Columbia considéra qu'aucun texte n'interdisait à aucun moment du processus les discussions directes avec des tiers dans « informal rulemaking ». Il en serait différemment en cas de procédure « formelle ». Une réglementation qui se veut efficace ne peut interdire tout contact avec l'industrie ou le public. Mais dans la mesure où tous les documents utiles pour la prise de décision doivent être enregistrés dès que possible, le faire paraît normal même si ce n'est pas obligatoire. Autrement dit le lobbying classique des uns et des autres peut continuer mais dans une mesure limitée. C'est ainsi que la pratique et les textes de plusieurs Agences prévoient que de tels contacts avec des tiers et en dehors du processus officiel, doivent faire l'objet d'une mention, voire d'un compte rendu, dans le dossier officiel. Ainsi l'Agence de l'environnement dans un mémorandum du 31 mai 1985 adressé à ses employés déclare qu'il convient que 1) tous les commentaires écrits reçus pendant ou après la période consacrée à la participation du public soient enregistrés dans le dossier officiel communicable et 2) qu'un mémorandum doit

résumer toute information nouvelle ou donnée susceptible d'influencer la décision finale résultant de conversations ou de réunions et que ce compte rendu doit figurer dans le dossier officiel public. Quant aux contacts informels entre administrations durant le processus, la jurisprudence reste très prudente privilégiant l'autonomie et la liberté du Président des Etats Unis de contrôler l'administration sur le fondement de la Constitution. De même des contacts officieux entre membres du Parlement et l'administration durant le processus de notice and comment n'ont pas été considérés comme entachant la procédure d'un vice quelconque (voir supra l'arrêt *Sierra Club v. Costle* para. 409).

7. Le contrôle du Congrès sur les actes réglementaires :

Depuis une loi de 1996 (Congressional review Act ou CRA- 5 USC § 801-808), les règlements les plus importants (major) doivent être transmis au Congrès pour contrôle avant leur entrée en vigueur et préalablement à leur publication au federal Register, accompagnés du dossier complet et des divers rapports. Le Congrès peut voter un projet de résolution conjointe des deux chambres désapprouvant le règlement. Si cette résolution est adoptée par les 2 chambres, cela peut conduire à rendre le règlement inapplicable. Selon un rapport d'évaluation de cette procédure présenté par le « congressional research service) , de 1996 à 2007 il y a eu 47 projets de résolution de désapprobation sur 731 major rules dont une seule a abouti au rejet de la règle. Parallèlement étaient adoptés 47540 règlements (Morton Rosenberg, *Review of agency rule making: an update and assessment of the congressional review Act after a decade*, CRS, 2008.)

II. Les justifications de « notice and comment »

Si en 1946 participer en amont à l'élaboration de la décision était considéré comme un moyen de contrôler une administration envahissante, depuis les années 1970 la justification de la participation a changée. Aux Etats Unis c'est bien la montée en puissance du droit de l'environnement à partir de 1969 qui va permettre de donner à la participation une autre signification. Une des plus importantes contributions de NEPA a été l'idée d'impliquer le public au début des processus de décision. Toutes les lois sur l'environnement ont été adoptées dans l'idée que la participation pouvait conduire à une meilleure décision et donc à un meilleur environnement. NEPA exige que les Agences informent le public de toutes les conséquences environnementales, sociales et économiques de toutes les actions proposées, qu'elles se traduisent par des décisions individuelles ou réglementaires (NEPA, section 102 C).

Le rapport du National Research Council de 2008 considère que l'objectif de la participation est double : améliorer la qualité de la décision du fait de onze éléments bénéfiques pour la décision, et renforcer la légitimité de la décision au bénéfice de son effectivité¹⁷⁶. Ce même rapport identifie deux justifications principales :

1) Une gouvernance plus démocratique

Associer le public à la préparation de la décision est le complément nécessaire à la démocratie uniquement basée sur l'élection des représentants. Cela répond à trois nécessités :- l'exigence d'égalité politique : tous les citoyens doivent être égaux dans leur droit à participer aux politiques publiques afin d'exprimer leurs préférences.

- La souveraineté populaire ou self government, idée selon laquelle la fabrication et l'application des lois et règlements implique le consentement des gouvernés (Richardson H.S. Democratic autonomy: public reasoning about the ends of policy, Oxford, New York University press).

- Le progrès humain: la participation n'est pas uniquement un moyen de défendre ses intérêts mais un moyen important de relativiser les intérêts en cause et de prendre en compte les autres intérêts et l'intérêt général. Grâce à la participation les individus privés deviennent des citoyens publics, ce qui contribue à la fois au développement personnel et au progrès collectif (Pateman C. Participation and democratic theory, Cambridge, England, University Press, 1970).

Aussi les théories sur la démocratie sont petit à petit devenues des théories sur la participation publique (Renn, Risk governance, coping with uncertainty in a complex world, London, earthscan publishers, 2008). Ce dernier auteur a établi un tableau identifiant 6 concepts de participation en fonction des objectifs poursuivis¹⁷⁷ (voir p. 36 annexe 3 de la p. 49 du rapport de National Research Council). On remarquera que la procédure de notice and comment qui n'est pas en tant que telle mentionnée dans la colonne « instruments » pourrait se rattacher simultanément à plusieurs des concepts et objectifs mentionnés dans le tableau : c'est une procédure essentiellement fonctionnaliste et néolibérale, en partie délibérative. Son objectif juridico-politique : décider d'un règlement, va dominer le processus et ne pourra qu'à la marge satisfaire aux autres objectifs de participation mentionnés dans ce tableau.

¹⁷⁶ Voir tome 2, annexe 1.6, p. 44 du rapport « National Research Council ».

¹⁷⁷ Voir tome 2, annexe 1.7, p. 49 du rapport « National Research Council ».

2) Une exigence instrumentale et de fond

Bien qu'étant une « procédure », la participation répond à une nécessité qui touche au « fond » de la décision publique. Grâce à la participation publique la décision aura un contenu meilleur, elle renforcera la légitimité du pouvoir et elle contribuera à une éducation du public et de l'administration.

- L'amélioration de la qualité de la décision est en général le mérite le plus souvent mis en avant pour justifier la participation du public. La participation sort l'administration de son isolement et de son face à face avec des interlocuteurs privilégiés et ayant des intérêts particuliers. Elle lui fournit gratuitement des idées et des expertises qui lui permettent d'avoir une vision plus exhaustive et moins partisane des enjeux liés au projet de réglementation. Mais la décision ne sera améliorée que si l'administration fait le gros effort de prendre en considération les opinions exprimées suite à un important travail d'analyse et de réflexions succédant à la phase de « commentaires ».

- Le renforcement de la légitimité des décisions prises par l'administration. Si la participation n'a pas pour but d'obtenir l'accord du public à toutes les décisions prises, elle doit au moins contribuer à ce que le public se sente concerné et respecté dans ses opinions, ce qui contribue à une acceptabilité plus grande de la décision.

- L'éducation du public et de l'administration : la participation est un processus lent qui nécessite un apprentissage progressif. A partir du moment où la transparence et la confiance mutuelle est engagée, la participation produit plus de résultats que si elle est organisée dans la méfiance et la fourberie. La pratique de la participation accroît l'expertise et la connaissance du public au fil du temps. La participation n'est pas simplement le moyen d'exprimer des intérêts partisans, même s'ils sont légitimes, elle devient aussi un moyen d'affiner les points de vue et de découvrir et de créer des intérêts partagés. Pour l'administration elle est une école de modestie, une source d'information, un renforcement des capacités.

III. Les effets de la participation

Il résulte d'analyses empiriques et de la doctrine que la participation du public, globalement, améliore la décision. Mais tous les objectifs de la participation ne sont pas nécessairement atteints à chaque fois simultanément. Enfin bien que les chercheurs qui écrivent sur la participation aient un préjugé favorable à la participation, on doit relever certaines critiques

qui relativisent ses effets sans que l'on puisse à ce niveau, généraliser ni les louanges, ni les critiques.

1) La participation améliore la qualité de la décision

La participation à l'élaboration des décisions réglementaires nationales ne peut pas être évaluée dans ses effets comme la participation à d'autres types de décisions. Malheureusement la doctrine américaine fait très rarement la distinction. Le rapport de recherche précité du National Research Council de 2008 tombe dans ce travers. De rares études essaient d'évaluer l'influence sur la décision de la participation au titre de APA (Beierle and Cayford *democracy in practice : public participation in environmental decisions*, Washington DC, 2002, Resources for the future ; Zarger, *Practitioner perspective on successful public participation in environmental decisions*, paper for National Research Council, Washington DC, 2003). Aussi convient-il d'étudier les critères d'évaluation généralement retenus en les appréciant de façon différente selon le type de procédure de participation en cause. L'évaluation d'un processus comme plus ou moins participatif retient comme élément de réponse : qui peut participer ? Quand peut-on participer ? Avec quelle intensité (degré d'effort de participation demandé au public) ? Avec quels effets ? Il est certain que « notice and comment » est une procédure qui offre un vaste champ à la participation, plus large que la participation à d'autres décisions. Le public est illimité car national et non sélectif ; le moment de la participation permet d'influencer la décision, soit en amont de la rédaction du projet (ANPRM, v. supra p. 6), soit sur le projet lui-même ; l'intensité de la participation dépend à la fois du public qui n'est pas limité dans ses commentaires et de l'Agence qui peut décider librement des auditions ou rencontres ; l'impact de la participation est garanti par la formulation du code et par la transparence concernant l'ensemble des commentaires, documents et autres sources recueillies lors du processus et enregistrés formellement dans un dossier accessible au public. EPA considère que la procédure conduit toujours à améliorer la décision à la fois parce que l'Agence reçoit des informations qu'elle n'avait pas et qu'elle se sent obligée à mieux faire en raison de la publicité des documents figurant dans le dossier accessible à tous. C'est cette surveillance de l'administration qui est garante d'une décision plus élaborée.

Il est toutefois impossible d'évaluer scientifiquement dans quelle mesure la participation améliore la décision. Pourtant tous les entretiens considèrent sans hésiter qu'il en est ainsi et donnent des exemples ponctuels d'amélioration du projet. Mais il s'agit plus d'intuitions que

de constats scientifiques. A notre grande surprise il a été impossible de disposer d'une étude systématique sur l'application de « notice and comment » en matière d'environnement, non pas quelle serait secrète, mais du fait qu'il n'en existe pas. Le service juridique de EPA a été très intéressé par cette idée et envisage de le faire à l'avenir.

Il résulte de quelques études mentionnées dans le rapport précité du National Research Council (p. 77) qui ne portent pas précisément sur « notice an comment » mais dont les conclusions peuvent être mutatis mutandis appliquées à notre objet, que :

- La pratique répétée du processus de participation accroît la capacité et la motivation des participants et développe l'esprit de consensus.
- La procédure de negotiated rule making (supra p.7-4) a fait l'objet d'une étude systématique dans 8 cas comparés à 6 cas de rule making traditionnelle. Il en résulte que le public considère que cette procédure lui donne plus de pouvoir de participer et d'influencer la décision que les autres procédures telle que « informal notice and comment ». Le public a considéré que dans negotiated rule making les bases scientifiques de la décision étaient plus approfondies, les enjeux étaient plus clairs, la complexité du problème plus évidente, mais le risque de contentieux ultérieur équivalent. Mais les deux procédures ont été considérées comme équivalentes en ce qui concerne la capacité de EPA de les faire appliquer (Langbein, negotiated and conventional rulemaking at EPA : a comparative case analysis, paper for National Research Council, Washington, 2005).
- La variation des appréciations sur les effets positifs de la participation du public conduit à admettre qu'en général elle améliore la décision, mais que cet effet n'est ni automatique ni systématique. Ce sont souvent les conditions pratiques de la participation dans chaque cas qui conditionnent les effets positifs ou non de la participation.

2) Tous les effets de la participation ne sont pas nécessairement atteints simultanément

On considère parfois que la participation accroît la légitimité de la décision mais réduit sa qualité, ou bien l'inverse. Des études scientifiques portant sur 239 cas de participation du public ont cependant conclues qu'il y avait en majorité des corrélations positives entre les divers effets recherchés : qualité de la décision, légitimité, formation du public. Selon Beierle and Cayford, Democracy in practice : public participation in environmental decision, (Washington DC, Resources for the future, 2002) cité par le rapport du National research Council (p. 86) : « tous les indicateurs de participation étaient corrélés positivement les uns

aux autres à un niveau statistiquement satisfaisant avec un coefficient moyen de corrélation de 0,46 (gamme de 0,16 à 0,57). Il y a en fait le plus souvent une chaîne de causalité : la capacité des participants renforce la légitimité qui elle-même contribue à une décision de qualité. Ces études portent sur le public en tant que participant. Il y a moins de recherches sur les agents des administrations en tant que maîtres du processus.

3) La participation et ses effets sur le contentieux

Il n'y a pas d'études précises sur la corrélation ou l'absence de corrélation entre l'usage de « notice and comment » et la survenance du contentieux. On ne peut pas dire que cela réduit le contentieux en matière d'environnement car la procédure de « notice and comment » existait déjà quand ce contentieux est apparu dans les années 1970. On peut dire que cela n'empêche pas le contentieux. « Notice and comment » aux Etats Unis n'a pas été conçu dans cette perspective. En tout état de cause, et quelle que soit la procédure d'élaboration utilisée, l'Agence sait qu'il y aura un recours soit des industriels, soit des ONG d'environnement. Depuis l'origine du contentieux environnemental environ 80% des décisions de EPA étaient soumises à contentieux autour des années 1990. Par contre il semblerait que lorsqu'un recours concerne une décision élaborée via « notice and comment » les chances de succès de EPA sont plus grandes car le dossier est plus élaboré dans l'intérêt de l'administration. La seule hypothèse où la procédure de participation réduit le risque de contentieux est l'usage de « negotiated rulemaking ».

4) La participation peut produire des effets pervers

Certains auteurs ont émis des doutes sur les performances de la participation telle qu'elle est pratiquée, considérant qu'elle n'est pas effective ni authentique (Cheryl Simrell King et al, *The Question of Participation: Toward Authentic Public Participation in Public Administration*, 58, *Pub. Admin. Rev.* 317 (1998). On trouvera toujours des critiques selon lesquelles la procédure est trop lourde et trop chère et qu'elle impose trop de contraintes à l'administration. Aussi a-t-on qualifié l'évolution de « notice and comment » de plus en plus exigeante comme une « ossification » de la procédure trop longue et trop formelle. Lors des entretiens à EPA aucun agent, quelle que soit son grade, n'a émis un tel jugement. Tous ont reconnu les mérites de la procédure qui donne une plus-value à leur travail.

La participation du public peut parfois être un piège. On trouve des auteurs qui considèrent que la participation du public aux décisions environnementales a plus souvent pour effet de dégrader l'environnement que de l'améliorer. Ventriss and Kuentze, dans "critical theory and the role of citizen involvement in environmental decision making :a reexamination", (International Journal of organization theory and behavior, 2005 g4 –p. 519-539) font une sévère critique très "idéologique" de la participation considérée un peu comme l'opium du peuple. Ils considèrent que la participation du public est devenue « une mystification idéologique » et que le consensus dans la sphère publique est un « mirage ». La participation du public a, toujours selon ces auteurs, pour effet de rendre non visibles les conflits et de donner l'illusion de participer au pouvoir. La participation ne servirait qu'à gérer les conflits dans un cadre légitime et en faveur du statu quo dominant. Pour Alberto Ramos dans « the New science of organisations », Toronto, 1981, la participation du public est une stratégie organisationnelle qui détourne notre attention d'une analyse critique des forces qui sont à l'origine des problèmes d'environnement.

Ces critiques sans appel, avec leur part de vérité, ne remettent pas en cause l'utilité de la participation du public. Elles doivent conduire en réalité à son amélioration en tirant les leçons des critiques fondamentales et des échecs ponctuels.

Le rapport du national research Council relève quant à lui quatre risques liés à la participation du public :

- La manipulation politique : l'administration peut être tentée d'utiliser la participation du public de façon démagogique, dans le seul but de renforcer sa propre légitimité. La participation du public peut aussi être tellement sophistiquée en consommant beaucoup de temps et d'énergie qu'elle aboutit à décourager le public d'utiliser d'autres voies pour se faire entendre, telles que la pression sur les élus ou le recours contentieux. Le public peut même devenir découragé d'utiliser les procédures de participation du public et revenir à des modes de pression plus traditionnels. Si une Agence ignore les apports des commentaires du public le fait qu'elle ait organisé un processus de participation retire toute légitimité aux opposants, à la fois à ceux qui ont participé (ils ont pu s'exprimer !) et à ceux qui n'ont pas participé (ils avaient qu'à participer !). La participation peut aboutir à créer ou mettre en avant des conflits qui seraient sinon passés inaperçus et rendre ainsi la tâche de l'Agence plus compliquée.
- La qualité de la décision souffrirait de la participation : la diversité des opinions contradictoires aboutirait à une décision publique molle et inefficace sous prétexte de prendre en compte les commentaires d'un public peu compétent et au fait des complexités de la

science et de la technologie en raison du faible niveau de connaissances scientifiques du public moyen. Cela serait particulièrement vrai dans les secteurs où règne l'incertitude.

- La participation serait trop souvent inéquitable et injuste : la participation serait biaisée dans son déroulement en donnant l'illusion au public qu'il participe à la décision alors que celle-ci reste entre les mains de l'Agence (fair process). La participation serait aussi injuste quant à son résultat en ce sens que la décision finale conduira nécessairement à ce qu'il y ait des perdants et des gagnants, alors que le public pourrait croire qu'il bénéficiera nécessairement des effets de la décision (fair outcomes). Est ici en cause le concept de « fairness » qui devrait s'appliquer à la chose publique selon Rawls (A theory of justice, 2005). Quoiqu'on fasse la décision publique issue de la participation rencontrera toujours des mécontents qui pourront imputer leur non satisfaction au déroulement procédural de la participation du public ou accuser l'administration d'avoir favorisé volontairement certains intérêts au détriment d'autres intérêts. Pour éviter ces reproches le déroulement du processus de participation doit être transparent, honnête et susciter la confiance des participants. Pour que le processus de participation soit considéré comme honnête ou « correct » (« fair ») des études psychologiques ont retenu : la possibilité donnée à toutes les opinions de s'exprimer, la neutralité de l'administration, la confiance dans les autorités, la qualité de l'accueil et de l'intérêt rencontré (Blader and Tyler, A four component model of procedural justice : defining the meaning of a « fair » process, Personality and social psychology Bulletin, 29, 2003, p. 747-758 ; Clayton and Opatow, Justice and identity : perspective on what is « fair », personality and social psychology review, 7, 2003, p. 298-310). La décision finale sera d'autant mieux acceptée et donc légitimée que le processus de participation ce sera déroulé de façon correcte et honnête. Mais le déroulement correct et honnête de la procédure de participation du public ne garantit aucunement que la décision prise soit de meilleure qualité. Le standard d'une procédure de participation satisfaisante du public est celui qui aboutit à une distribution des influences plus grandes que la distribution des pouvoirs dans la société en général.

- La participation du public pourrait conduire à des décisions sans intérêt, indésirables, coûteuses en temps et en énergie (Sanders L., Against deliberation, political theory, 25(3), 1997, p.347-376). On a pu même vanter les pratiques européennes sans transparence ni participation comme étant plus efficaces pour réglementer les risques environnementaux que le style transparent et participatif des Etats Unis (Coppock R. Interactions between scientists and public officials : a comparison of the use of science in regulatory programs in the United States and west Germany, Policy Sciences, 18, 1985, p.371-390). Le coût financier de la

participation a également été mis en avant (Rossi J. Participation run amok :The costs of mass participation for deliberative agency decision making, Northwestern University law review, 92, 1997, p.173-249). Le consensus en tant que résultat éventuel de la participation a pu être considéré comme défavorable à une bonne décision dans l'intérêt général (Coglianese C. , Limits of consensus, Environment, 41, 1999, p. 28-33).

En réalité tout dépend de l'objectif poursuivi par la participation. Celui-ci sera variable selon la question à traiter. On peut toutefois considérer que la participation du public n'influence pas directement ni la mise en œuvre effective de la réglementation, ni ses effets sur l'environnement. Attribuer positivement ou négativement les effets ultimes d'une décision réglementaire au seul processus d'élaboration de cette décision serait excessif et contraire à une réalité beaucoup plus complexe. Dans la mesure où la participation du public n'est en réalité que consultative, les effets de cette participation ne peuvent être que ceux qui peuvent être détectés durant le processus de participation ou peu de temps après.

IV - Les moteurs de la participation du public

On peut identifier quatre éléments moteurs à des niveaux différents d'intervention : les publics bien évidemment, l'administration, la science et l'internet.

1) Les publics

APA dans la section 553 (c) vise précisément « interested person » « les personnes intéressées », ce qui peut sembler assez restrictif. Pour Dewey "affected parties" désigne « le public » (Dewey, The public and its problems, New York , Henri Holt, 2012). En réalité il ne semble pas qu'il y ait de problèmes juridiques en ce qui concerne les personnes admises à participer. Toutes personnes physiques ou morales peuvent participer. Il en ira différemment en ce qui concerne la recevabilité des recours contentieux. Lors du processus de « notice and comment » sont concernées toutes la « parties prenantes (ou stakeholders) ce qui favorise aux Etats Unis les groupements organisés défenseurs d'intérêts ou défenseurs de l'environnement. La participation sera ainsi représentative non pas de la population mais de l'importance donnée à certains intérêts. Le pouvoir des groupes d'intérêts s'en trouve renforcé car ils vont en quelque sorte monopoliser la participation. Celle-ci va alors dépendre exclusivement des ressources de ces groupes, de leur organisation et de leur savoir-faire. Ainsi la participation est considérée comme reflétant la distribution des pouvoirs dans la société. De ce fait elle ne

peut surmonter les inégalités. Bien que la participation du public ait pour objectif une décision adéquate, on doit considérer que sa pratique répétée devrait contribuer à faire participer ceux qui normalement n'ont ni les ressources, ni les capacités intellectuelles pour participer. Ainsi le processus de participation devrait avoir pour effet indirect de contribuer à améliorer la capacité de participation de ceux qui sont les plus démunis et ont habituellement le moins d'influence. Une littérature substantielle examine comment les groupes les moins influents peuvent s'insérer dans des actions collectives (Diani and Mac Adam (eds) *Social movement and networks : relational approaches to collective action*, New York , Oxford University press, 2003). S'agissant de participer à des décisions générales les participants peuvent aussi bien avoir un intérêt national que local. La participation doit être ouverte au plus grand nombre sans restrictions car l'inclusion ou « inclusiveness » est importante pour la reconnaissance de la légitimité de la décision aux yeux du public (National research Council, *Analysis of global change assessment : lessons learned*, Washington DC, 2007 a).

Il est certain que la qualité des participants va affecter le déroulement et les résultats de la participation. La National Research Council a identifié 6 questions relatives à la qualité des participants (2008, p 194) :

- Est-ce que des personnes intéressées ont eu des difficultés à être représentées ? y a-t-il des intérêts non représentés ?
- Quelles sont les différences d'intérêts, de culture, de formation et de perspectives entre les participants ?
- Les participants ont-ils des positions tranchées sur le projet ?
- Y a-t-il des disparités parmi les participants quant à leur pouvoir d'influencer la décision ?
- Dans quelle mesure les participants s'expriment bien au nom des intérêts qu'ils sont censés représenter ?
- Quel est le degré de confiance (trust) réciproque entre les participants, l'administration et les scientifiques ?

2) L'administration

Elle doit nécessairement être convaincue du bienfait de la participation. Aux Etats Unis le problème ne se pose pas car l'administration a toujours connue cette exigence. Il n'y a donc pas d'avant et d'après comme en France. Aussi aucune critique n'a été émise par EPA car cela a toujours été ainsi. EPA admet que c'est une contrainte mais qu'elle est bénéfique dans

l'intérêt public et qu'elle permet de bien anticiper les problèmes de mise en œuvre et d'effectivité. Il faut évidemment des moyens adaptés pour gérer la procédure. A EPA 160 juristes sont chargés exclusivement et du contentieux environnemental et de la participation à « notice and comment ». La qualité du déroulement et du contenu de la participation du public ayant un effet direct sur le contentieux et les chances de succès de EPA, cela explique le soin qui est mis au bon déroulement loyal (fair) de la participation et le fait que la participation du public n'est aucunement considérée comme une corvée ou une exigence purement formelle. L'analyse des commentaires (parfois sous-traitée) et la rédaction du « préambule » accompagnant la décision finale exigent un savoir-faire spécial qui implique une formation ad hoc des agents concernés. « Notice and comment » oblige l'administration à donner plus d'importance à la qualité de la rédaction de la règle.

3) La science

Aux États-Unis la science est systématiquement convoquée dans la prise de décision en matière d'environnement. Elle est donc très présente dans la procédure de « notice and comment ». Lors de la publication du projet l'Agence doit se référer à des études et recherches qui motivent scientifiquement son projet de réglementation. Aussi les participants sont-ils invités à commenter aussi sur ce plan. L'intégration de la science dans la participation du public est un enjeu majeur. Elle devrait suivre 5 principes :

- L'information scientifique relative à la décision projetée doit être disponible, transparente et accessible pour un public averti, mais aussi pour tout public. Les sources doivent être citées et présentées avec assez de détail pour permettre une évaluation indépendante.
- Une attention particulière doit concerner les faits et les valeurs en jeu. Une analyse des différentes options ou alternatives doit montrer comment elles affectent les valeurs en jeu.
- Une description explicite doit être faite des diverses hypothèses et des incertitudes
- Les analyses officielles doivent être soumises à l'évaluation contradictoire d'experts indépendants et soumises au test des conflits d'intérêts.
- Les conclusions disponibles doivent pouvoir à tout moment être reconsidérées sur la base de nouvelles données ou informations

L'intégration de la science doit relever trois défis :

- Le défi lié à la science elle-même : manque de données, complexité, incertitude des connaissances

- Le défi lié au public : ignorance du public, difficulté de vulgariser, nécessité de surmonter les limites de la connaissance individuelle. Sur la nature de ces défis et la façon de les surmonter v. Dekay and Vaughan, Individual judgment and decision making processes : influences on public participation in environmental assessment and decision making, paper for National Research Council, Washington, 2005
- Le défi en matière de communication : faire que la science soit compréhensible à l'appui d'une décision publique (voir plusieurs rapports du National Research Council sur les risques et la communication).

L'étude d'impact du texte est un instrument essentiel de communication scientifique propre à susciter les commentaires du public.

Pour une étude empirique entre science et participation v. Mitchell, Information and influence, in Mitchell, Clark, Cash and Dickson eds. Cambridge MIT press, 2006.

4) L'internet

L'usage d'internet a considérablement transformé le fonctionnement et la participation du public à l'élaboration des textes en faisant entrer la participation dans l'ère de la démocratie électronique à la condition que l'internet soit accessible à tous et compréhensible par tous dans son maniement. Il ne faudrait pas que « notice and comment » se transforme en cauchemar pour le public et en « notice and spam » selon l'expression imagée de Beth Simone Noveck (The future of citizen participation in the electronic state, Journal of law and policy, vol. 1, 2005, p.6 ; du même auteur : The electronic revolution in rulemaking, 53 Emory L.J., 433 ,2004). Cela a également conduit l'administration à gérer et exploiter autrement les commentaires reçus. La littérature américaine semble s'être polarisée sur l'examen de la différence entre l'usage de l'internet et les consultations orales face à face. Mais pour « notice and comment » la participation était déjà écrite et non face à face. La question est de savoir si, pour le public, l'internet accroît ou non l'envie ou l'occasion de participer, et si pour l'administration cela facilite le traitement des commentaires et donc la rédaction du texte final et de son préambule. Il est étonnant que le rapport de 2008 du National Research Council soit totalement muet à cet égard (à peine une demi page sur 243). Pourtant la loi sur l'internet gouvernemental (E-Gouvernement Act) de 2002 développe et rationalise l'usage de l'électronique dans la gestion publique et institue un administrateur chargé du bureau de la gestion gouvernementale électronique auprès de l'OMB (office of management and budget). Le but poursuivi est de donner un leadership effectif au

gouvernement fédéral en la matière afin de coordonner les initiatives dispersées et de « promouvoir l'usage d'internet et d'autres technologies de l'information afin d'augmenter les occasions données aux citoyens de participer au gouvernement » (section 2-b (2)). Il s'agit donc bien de mettre internet au service d'une participation accrue du public aux décisions du gouvernement (to provide increased opportunities for citizens participation in government). La section 2-b(7) de la même loi ajoute un autre objectif : favoriser une meilleure prise de décision éclairée des décideurs (to promote better informed decision making by policy makers). On a pu alors considérer que grâce à l'internet le pouvoir était réellement donné au peuple (Fornay and Perkins, Power to the people, enabling every US citizen to participate in federal rule making, 2006). L'enjeu politique et technologique était immense : mettre sur pied un système unique de portail e-rulemaking pour plus de 170 entités fédérales qui ont un pouvoir de réglementation. Il se trouve que dans les années 2000 c'est EPA (agence de l'environnement) qui fut l'Agence la plus en pointe dans le domaine de l'e-rulemaking. Depuis janvier 2003 le site commun d'accès au processus d'élaboration des textes réglementaires est : « www.regulations.gov ». Il peut recevoir 12 000 commentaires par heure. Ce site permet au public, par des mots clés, d'accéder aux procédures en cours de « notice and comment », d'y faire ses commentaires et de lire les commentaires des autres. Certaines Agences, comme EPA fournissent sur leur site propre, un mode d'emploi pour soumettre des commentaires ou accéder à tous les commentaires (www.epa.gov/lawsregs/search/howtocomment.html). EPA annonce que les commentaires envoyés par regulations.gov peuvent être anonymes, alors que ceux adressés directement à EPA ne le sont pas.

La littérature est assez fournie. Un des premiers commentateurs a émis des réserves quant à la question de savoir si e-rulemaking allait effectivement ou non augmenter la participation en considérant que la réforme ne fait qu'informatiser les données déjà disponibles sans changer les obstacles existants à la participation tenant à la capacité des citoyens et à leur temps disponible (C. Coglianese, The internet and the citizen participation in rule making, A Journal of law and policy, vol. 1, 2005, p. 33-57). Le point de vue de cet auteur était beaucoup moins critique en 2004 (v. E-rulemaking : information technology and the regulatory process, Administrative law review, 2004, 56-2, p. 353-396).

Une évaluation de e rulemaking a été réalisée en 2008 sous la direction d'un professeur de droit Cynthia R. Farina, Cornell University (Achieving the potential, the future of Federal e-rulemaking, American bar association). Ce rapport constate les insuffisances dans la pratique de « notice and comment ». Trop de parties prenantes ne sont pas informés de la consultation

sur un projet de texte. Ceux qui ne sont pas juristes ont du mal à trouver ce qui les intéresse dans la masse de documents publiés. Un grand nombre d'américains ignorent encore cette possibilité de participer à la préparation de la décision. C'est pourquoi « notice and comment » reste encore dominé par un petit nombre de spécialistes ayant des ressources, une expertise et la capacité de formuler des commentaires utiles.

Selon une étude datant de 1998, avant internet, les commentaires sur des projets environnementaux provenaient pour plus de 80% des industries (Golden, *Interests groups in the rule making process : who participates ? whose voices get heard ? Journal of public administration research and theory* 8(2) 1998, p.245-270).

Depuis 2003 EPA a introduit l'annonce de ses projets de réglementation sur internet. Mais il semble admis que l'administration accepte toujours les commentaires par courrier ou fax. Les effets de l'internet sur la participation ont été en partie évalués sur la base d'un sondage empirique portant sur 56 projets de réglementation relatifs à la pollution de l'air et aux normes d'émission échelonnés entre 1996 et 2006. Il en est résulté que globalement la participation aurait augmenté, mais moins que supposé (une moyenne de 60 commentaires par texte), que l'industrie reste le premier participant, le deuxième étant les autorités des Etats et des pouvoirs locaux ; les ONG ne sont que le troisième, mais en croissance par rapport à avant internet (Shafie David, *E-rulemaking and environmental policy*, Annual meeting of the american political science association, 2007, www.allacademic.com/meta/p211731index.html).

Quant aux citoyens individuels ils ont été identifiés comme représentants moins de 6% des commentaires (C. Coglianese, *Litigating with relationship :dispute and disturbance in the regulatory process*, *Law and society review*, 30(4) , 1996, p. 735-766) ce qui a fait dire à cet auteur que la procédure de notice and comment ne renforçait pas la démocratie en tant qu'acte individuel de participation au pouvoir et que l'internet ne changerait pas vraiment l'absence de motivation de la grande majorité de la population (C. Coglianese, *Weak democracy, strong information, the role of information technology in rulemaking process*, University of Pennsylvania, research paper n° 07-04, 2007).

Les commentaires soumis par le public pour toutes les administrations via regulations.gov sont passés de 114 000 les derniers 8 mois de 2007 à 295 000 les premiers 8 mois de 2008. En 2004, EPA a reçu 540 000 commentaires sur le contrôle des émissions de mercure dans les centrales thermiques. On ne peut tirer de réelles conclusions de ces études sur l'accroissement ou non de la participation au moyen d'internet car les enquêtes portent encore sur des périodes transitoires. L'accès au travail des générations formées avec internet changera beaucoup les résultats de l'impact réel de l'internet sur la participation.

La menace d'une utilisation abusive de l'internet par des groupes de pression organisés via les réseaux sociaux et envoyant des milliers de commentaires identiques a conduit à introduire un e-tool qui permet d'identifier et de compter automatiquement les commentaires qui sont identiques. Ainsi le projet visant à déclarer l'ours polaire en tant qu'espèce menacé a reçu plus de 640 000 mails identiques, l'agence a pu immédiatement comptabiliser ces soutiens, sans avoir à visionner chacun des envois.

V. Le contrôle juridictionnel

On ne s'étendra pas sur le contrôle juridictionnel qui renvoie à l'ensemble de la procédure contentieuse américaine. La décision réglementaire est bien entendu susceptible de recours et dans ce pays le recours devant les tribunaux est un acte ordinaire et fréquent. L'intérêt à agir résulte de la section 702 de l'APA. L'administré doit être « adversely affected or aggrieved » par l'acte de l'Agence. Il faut aussi démontrer la menace d'un dommage ou un dommage actuel. Mais les tribunaux fusionnent les deux conditions. Une jurisprudence complexe et nombreuse concerne le recours des ONG qui doivent en principe démontrer qu'elles sont directement affectées par la décision. Elles ne sont pas recevables du seul fait qu'elles ont participé à la procédure de « notice and comment ». Dans la décision de la Cour Suprême *Sierra Club v. Morton* (404 US 727.734 (1972)) l'intérêt à agir a été admis pour ceux qui défendent un intérêt général lié à l'esthétique et à l'environnement. Des lois spéciales sur l'environnement permettent une action contentieuse élargie via « citizen suits » (voir sur l'eau, Robin Kundis Craig, op.cit.).

Normalement le recours contentieux n'est possible qu'après épuisement des recours administratifs (exhaustion of administrative remedies). La jurisprudence interprète cette exigence comme s'appliquant à « notice and comment » ce qui signifie que les personnes qui n'ont pas participé à la procédure ne seront pas recevables à attaquer la décision, ce qui a pour effet automatique de multiplier le nombre de participants (*national association of Mfrs v. US department of the interior* 134 F 3d 1095, 1111 (DC Cir. 1998)).

Le contrôle d'excès de pouvoir (arbitrary or capricious review) peut être ainsi résumé selon le *Guide to federal rulemaking* (2° ed. 1991, p. 333) :

- La Cour ne substitue pas son appréciation sur les éléments factuels et techniques qui fondent la décision à partir du moment où ils figurent clairement dans le dossier ;
- La Cour généralement se rallie au point de vue de l'Agence dans la mesure où il est « rationnel et raisonnable » et constitue une « reasoned decisionmaking ». Pour démontrer

cela l'Agence doit expliquer dans le préambule du texte « statement of basis and purpose » pourquoi elle a rejeté des alternatives significatives, pourquoi elle change la règle et en quoi la nouvelle règle est le résultat des constats figurant dans le dossier

Il semblerait globalement que les tribunaux annulent rarement les décisions issue d'une procédure de « notice and comment », l'Agence en réalité constitue son dossier de participation du public avec une particulière attention de telle sorte qu'elle répond par avance aux interrogations du juge.

Le déroulement de la procédure elle-même est soumis au contrôle du juge sur la base des principes du due process et dans le respect de APA par exemple en ce qui concerne ce qui doit figurer dans la notice publiée au Federal Register (*Vermont Yankee v. NRDC* 435 US 519, 542 (1978)). Est sanctionnée le non respect d'une procédure particulière à une Agence. A la suite d'un recours les tribunaux peuvent soit annuler la décision et la renvoyer devant l'administration, soit ne pas l'annuler mais demander à l'administration de la modifier

Alors que certains tribunaux, en particulier au district of Columbia District, avaient sanctionné des comportements des Agences ou des procédures non prévus expressément dans APA « notice and comment », (jurisprudence appelée « procedural hard look »), la Cour Suprême condamna ces jurisprudences et imposa de s'en tenir aux seules règles de procédure prévues par les textes (*Vermont Yankee v. NRDC*, supra, 1978). Il n'est plus question que la jurisprudence impose des prescriptions procédurales supplémentaires, car sinon l'intérêt de la souplesse de « informal rulemaking » disparaîtrait et la procédure suivie deviendrait « formal ». Ce changement dans le contrôle juridictionnel conduisit les tribunaux à considérer à l'avenir que toute procédure supplémentaire imposait des coûts sur les Agences sans entraîner en fait une amélioration substantielle de la décision. Néanmoins le contrôle normal des tribunaux continua sur la base stricte de EPA en vérifiant bien que toutes les données et la méthodologie étaient accessibles au public et que le rapport accompagnant la décision finale était bien suffisamment explicite. Ce contrôle a été qualifié de « paper hearing » et semble inhérent à « notice and comment ». La multiplication des procédures hybrides a néanmoins aggravé les contraintes procédurales sous le contrôle du juge.

CONCLUSION: les propositions d'amélioration de « notice and comment »

Le débat sur la participation du public à la chose publique reste d'actualité aux Etats Unis en dépit d'une pratique de près de 70 ans. L'initiative du Président Obama sur un gouvernement transparent en 2009 en est encore la preuve. Soucieux de ne pas interpréter à tort le contenu, l'évolution et les problèmes rencontrés par « notice and comment », on laissera au experts américains le soin de formuler des propositions de réforme que l'on se contentera de reprendre ici.

1) Propositions de Mary C. Dollarhide dans « Surrogate rule making: problems and possibilities under the Administrative procedure Act, in Southern California law review, vol. 61, 1988, p.1017-1053). Elles vont toutes dans le sens d'un renforcement des outils juridiques favorable à la participation :

- Renforcer le rapport final “statement of basis and purpose” et mieux coller aux commentaires du public
- Exiger une preuve « of substantial evidence » du type de celle exigée des « formal rule making »
- Limiter les contacts avec les tiers durant la procédure
- Subventionner les ONG bénévoles
- Imposer une limite quantitative des commentaires (par exemple un nombre de pages limité)
- De peur que les Agences hésitent à édicter des règlements en raison d u coût et du temps passé à la participation du public, imposer juridiquement aux Agences de prendre des règlements

2) propositions du panel sur la participation du public et la prise de décision résultant du rapport du National Research Council de 2008

- la participation publique à la prise de décision doit être considérée par le gouvernement et les administrations pas simplement comme une simple exigence procédurale mais aussi comme une nécessité en vue d'une action affective c'est-à-dire qui atteint de meilleures résultats en terme de qualité environnementale t en terme d'objectifs sociaux.
- Toute création d'une procédure de participation du public à la décision doit préalablement être soigneusement préparée, elle ne peut être improvisée. Il convient de clairement énoncer les objectifs poursuivis, des prévoir des fonds et du personnel consacrés à

cette tâche, de prévoir une durée suffisante pour les commentaires du public, de prévoir une auto-évaluation du processus pour tirer des leçons de la pratique.

- L'organisation du processus de participation doit être guidée par 4 principes : une participation inclusive prévoyant et encourageant un large spectre de participants, une association du public à la formulation du problème traité, en garantissant la transparence du processus, en assurant une communication claire et équitable.

- L'intégration de la science dans le processus de participation exige : une transparence des informations et des analyses, une attention spéciale aux faits et aux enjeux, une explication développée des hypothèses et des incertitudes, une contre-expertise indépendante des données officielles, une actualisation permanente des données et des informations.

- Le suivi de la pratique de la participation : les spécialistes de la participation du public et les administrations devraient identifier ensemble les difficultés pratiques de mise en œuvre de la participation du public, ils devraient choisir ensemble les techniques améliorant la participation et procéder ensemble au suivi de la pratique

- La nécessité de recherches sur la participation en sciences sociales qui devraient porter sur : les bons indicateurs de la participation réussie, comment rendre les analyses techniques transparentes, quels sont les résultats réels de la participation, comment déterminer le moment où la décision est prête à être adoptée ?

3) Les propositions du professeur C. Coglianese dans : « Transparency and public participation, recommandation for the new administration, The Georges Washington Review vol. 77, 2009, p. 924 ; « federal agency use of electronic media in the rulemaking process », report for the Administrative conference of the US, dec. 2011

- Organiser la participation le plus en amont en prévoyant des mécanismes d'association du public avant même ANPRM (supra p. 7) par une pré-ANPRM

- Améliorer la lecture du site regulations.gov

- Réformer la phase des commentaires en introduisant, spécialement pour les questions techniques et complexes, des mécanismes interactifs permettant questions et réponses aussi bien du public lui-même que de l'administration grâce à un phasage de la période « comment » en deux ou trois étapes

- Assouplir la possibilité permanente de contacts avec des tiers même durant la procédure.

- Améliorer la diffusion de l'information détenue par les agences de façon pro-active malgré la loi qui impose la publication des documents sur les sites web des agences (Electronic freedom of information Act, amendments of 1996 (5 USC §552)).

- Généraliser ce qui est prévu dans le clean Air Act §307 à savoir insérer dans le dossier du projet toutes les communications internes à l'administration y compris celle de l'administration du budget (OMB).
- Prévoir de donner l'information résultant des lanceurs d'alerte et donner une place à leurs déclarations
- Etablir pour chaque Agence un plan de participation du public pour évaluer et suivre la qualité de la participation soumise à « notice and comment »
- Mieux évaluer le déroulement de « notice and comment »
- Ne pas négliger la création des sites parallèles et surveiller leur exactitude. Ces sites reprennent les annonces et ouvrent des dialogues en parallèle et peuvent induire le public en erreur (openregs.com ; regulationroom ; E-rulemaking.org...)
- Devant la masse d'information sur internet, les Agences devraient gérer leur site web en intégrant clairement les opérations de « notice and comment » qui si , sinon , noyées dans la masse d'information
- Pour cela la page d'accueil des Agences devrait comporter toujours un renvoi aux procédures en cours de « notice and comment » afin d'inciter à la participation
- Développer un protocole pour établir un renvoi automatique de l'annonce d'un « notice and comment » sur un domaine au website de l'Agence qui traite au fond et présente ce même domaine. Car si l'on va sur « parcs » et qu'il y a une consultation sur les « parcs », elle n'est pas toujours annoncée sur le site des parcs.
- Désigner un facilitateur pour gérer les discussions qui s'improvisent sur les sites sociaux type facebook à l'occasion d'un « notice and comment » officiel
- Faciliter l'accès au site de participation pour les non english de langue maternelle, les handicapés et les défavorisés

4) La relance de participation par le président Obama

Dans un Mémoire du 21 janvier 2009 du président Obama consacré à « transparence et gouvernement ouvert » (transparency and open government) et publié au Federal Register il est annoncé que les Agences devront augmenter les occasions de participation du public à la prise de décision et que les américains en retour devront mettre à la disposition de leur gouvernement le bénéfice de leur expertise collective et leurs informations. Le public sera aussi sollicité pour examiner avec les Agences comment augmenter et améliorer les opportunités de participation du public au gouvernement.

Sur cette base une Directive sur « open government » a été le 8 décembre 2009. Elle impose dans les 120 jours que chaque Agence élabore un plan de « open government » et le publie

sur sa webpage. Ce plan doit décrire comment la transparence sera améliorée et la participation renforcée en révisant les pratiques courantes et en proposant de nouveaux outils et pratiques rendant l'engagement public plus facile et plus grand. Un groupe de travail fédéral est mis en place sur les mêmes thèmes. Ce groupe devra partager les bonnes pratiques et les idées innovantes en ce qui concerne la promotion de la participation du public, en particulier en lien avec l'internet.

Un mémorandum de l' « executive office of the president » du 7 avril 2010 vise à contribuer à accroître l'ouverture dans le processus de décision. Il institue l'usage d'une clé d'identification attachée à chaque réforme (Regulation identifier number ou RIN) qui figurera sur tous les documents afin de faciliter pour le public l'accès et la consultation des informations en ligne et qui servira durant toute la vie d'un règlement de sa conception à son abrogation et qui permettra d'identifier facilement toutes les pièces qui s'y rapportent. Un autre mémorandum du 28 mai 2010, également dans le but d'accroître la transparence du processus dans la prise de décision et en application de la loi de 2002 sur electronic government, donne des directives techniques aux Agences pour compiler et conserver les dossiers électroniques de réglementation sur le site Regulations.org. les commentaires reçus sur les projets de texte autrement qu'à travers regulations.org devront être intégrés aussi dans ce site par l'Agence elle-même. Pour faciliter les recherches du public il est institué une taxonomie commune à toutes les Agences ainsi que des protocoles communs de données.

Enfin le président Obama a adopté un « executive order » 13563 du 18 janvier 2011 « improving regulation and regulatory review » qui complète le précédent executive order consacré à la procédure de notice and comment 12866 du 30 septembre 1993. La section 2 intitulée « public participation » institue une période de commentaire pas inférieure à 60 jours ; insiste sur la possibilité donnée au public de commenter aussi les conclusions scientifiques et techniques liées au projet ; et encourage les Agences à procéder à un tour d'horizon des points de vue des de ceux qui bénéficieront de la réglementation ou qui en seront les victimes avant même la publication de l'annonce du projet de réglementation, c'est-à-dire avant « notice ». la participation est ainsi instituée informellement mais fermement durant tout le processus de préparation du projet de règlement, avant même sa publication et avant les commentaires officiels. Ainsi la participation intervient-elle encore plus en amont de la décision.

Pour que les droits des uns et des autres soient sauvegardés et égaux, cela devrait conduire, selon nous, à réformer le APA pour introduire dans le droit commun, la procédure dit hybride

de ANPRM c'est-à-dire une annonce officielle de la seule intention de réglementer suivie d'une période de « réactions, commentaires » du public.

BIBLIOGRAPHIE

- Aman Alfred C. Jr., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol 8, 2001.
- *An evaluation of the city of Raleigh's Park Monta Planning Processes*, January 2009.
- Balla Steven J., *Between Commenting and Negotiation: The Contours of Public Participation in Agency Rulemaking*, *I/S: A Journal Of Law and Policy*, Vol 1, 2005.
- Beierle Thomas C. and Cayford Jerry., *Democracy in Practice: Public Participation in Environmental Decisions*, Washington DC, Resources for the future, 2002.
- Blader Steven L. and Tyler Tom R., *A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a "Fair" Process*, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29, 2003, p. 747-758.
- Buccino Sharon, *NEPA under assault: congressional and administrative proposals would weaken environmental review and public participation*, *N.Y.U. Environmental Law Journal*, Vol. 12, 2003.
- Clayton, S., & Opatow, S., *Justice and identity: Changing perspectives on what is fair*, *Personality and Social Psychology Review*, 7, 2003, p. 298-310.
- Coenen Frans H.J.M., Hofman Peter S., Huitema Dave., *Green participation?, Public participation and its effects on the quality of environmental decision making*, University of Twente, Center for Clean Technology and Environmental Policy, 1998.
- Coenen Frans H.J.M., *Public Participation and Better Environmental Decisions: The Promise and Limits of Participatory Processes for the Quality of Environmentally Related Decision-making*, Springer, 2008.
- Coglianese C., *E-rulemaking : information technology and the regulatory process*, *Administrative law review*, 2004, 56-2, p. 353-396.
- Coglianese C., *Litigating with relationship: dispute and disturbance in the regulatory process*, *Law and society review*, 30(4), 1996, p. 735-766.
- Coglianese C., *The Internet and The Citizen Participation in Rule Making*, *A Journal of law and policy*, Vol. 1, 2005, p. 33-57.
- Coglianese C., *Transparency and public participation, Recommendation for the new administration*, *The Georges Washington Review*, Vol. 77, 2009, p. 924.
- Coglianese C., *Weak Democracy, Strong Information, The Role of Information Technology in Rulemaking Process*, University of Pennsylvania, Research Paper n° 07-04, 2007.

- Coglianesi Cary., Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking, *Duke Law Journal*, Vol. 46, n°6, April 1997.
- Coglianesi Cary., Assessing the advocacy of negotiated rulemaking: A response to Philip Harter, *New-York University Environmental Law Journal*, Vol.9, 2001.
- Coglianesi, C., *The Limits of Consensus*, *Environment* 41, 1999, p. 28-33.
- Committee on the Status and Future of Federal e-Rulemaking, *Achieving the Potential, The Future of Federal e-Rulemaking*, A report to congress and the President, 2008.
- Conseil de l'Europe, Affaires juridiques, Actes du 7ème colloque de droit européen, Université de Bari, 3-5 octobre 1977, *Formes de participation du public à l'élaboration d'actes législatifs et administratifs*, Strasbourg, 1978, 133 p.
- Coppock R., Interactions between scientists and public officials : A comparison of the use of science in regulatory programs in the United States and West Germany, *Policy Sciences*, 18, 1985, p. 371–390.
- Cynthia R. Farina, *Achieving the Potential: The Future of Federal E-Rulemaking*, American Bar Association.
- DeKay, M., and Vaughan, E., Washington DC, *Individual Judgment and Decision-Making Processes: Influences on Public Participation in Environmental Assessment and Decision Making*, Paper prepared for the National Research Council, National Academy of Sciences, 2005.
- DeLong James V., Informal rulemaking and the integration of law and policy, *Virginia Law Review*, Vol 65, 1979, p.257 à 356.
- Dewey John., *The Public and Its Problems: An Essay in Political Inquiry*, Melvin L. Rogers Editor, 2012.
- Diani Mario, McAdam Doug, *Social Movements and Networks: Relational Approaches to Collective Action*, New York, Oxford University Press, 2003.
- Dietz Thomas and Stern Paul C., *Public participation in environmental assessment and decision making*, The National Academies press, Washington, 2008.
- Dollarhide Mary C., Surrogate rule making: problems and possibilities under the Administrative procedure Act, in *Southern California Law Review*, Vol. 61, 1988, p.1017-1053.
- Fornay Vic. & Perkins Jason., *Power to the People – Enabling Every US Citizen to Participate in Federal Rule Making*, 2006.
- Freeman Jody and Langbein Laura I., Regulation negotiation and the legitimacy benefit, *New-York University Environmental Law Journal*, 9 N.Y.U. Envtl. L.J. 60, 2000.

- Freeman Jody, Annual regulation of business focus: privatization, Private parties, public functions and the new administrative law, *Administrative Law Review*, Vol 52, n°3, 2000.
- Freeman Jody, Collaborative governance in the administrative State, *45 UCLA Law Review* 1, 1997.
- Freeman Jody, The Private role in public governance, *New-York University Law Review*, Vol. 75, n°3, June 2000.
- French Simon., Rios Insua David., Ruggeri Fabrizio., e-Participation and Decision Analysis, *Decision Analysis*, Vol. 4, No. 4, December 2007, p. 211–226.
- Funk William., When smoke gets in your eyes: Regulation negotiation and the public inter-est – EPA’s woodstove standards, *Lewis and Clark Law School Environmental Law*, Fall, 1987.
- Gaba Jeffrey M., Informal Rulemaking by Settlement Agreement, *Georgetown Law Journal*, 73 *Geo. L.J.* 1241, June, 1985.
- Glicksman Robert L., *Administrative law: Agency action in legal context*, Foundation press, New York, 2010.
- Golden Marissa Martino, Interests groups in the rule making process: who participates? Whose voices get heard?, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8(2), 1998, p.245-270.
- Gorin Janice, Caught between action and inaction : public participation rights in voluntary approaches to environmental policy, *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 24, 2005.
- Harter Philip J., Assessing the Assessors the Actual Performance of Negotiated Rulemaking, *N.Y.U. Environmental Law Journal*, Vol 9, 2000.
- Harter Philip J., Negotiation Regulation : A Cure for Malaise, *Georgetown Law Journal*, 71 *Geo.L.J.*, AT 36, October, 1982.
- Harter Philip J., The Washington College of Law Program for advanced studies in federal regulation intensive seminar series: collective ratemaking and consensual decisionmaking, august 20, 1982: The political legitimacy and judicial review of consensual rules, *American University Law Review*, 32 *Am. U.L. Rev.* 471, Winter, 1983.
- Harwood Richard C., *The Public’s Role in The Policy Process: A View from State and Local Policymakers*, A Series on Policymakers and the Public, Kettering Foundation, July 1989.

- Involvement in Environmental Decision Making: a Re-examination, *International Journal of Organization Theory and Behavior*, 8 (4), p. 519-539.
- Kerwin Cornelius M. and. Furlong Scott R, *Time and Rulemaking: An Empirical Test of Theory*, 2 *J. Pub. Admin. Res. & Theory*, 113 (1992).
- Kerwin Cornelius M., *Rulemaking, How Government Agencies Write Law and Make Policy*, CQ Press, Third Edition, 2003.
- Kerwin Cornelius M., *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*, CQ Press, 2003, 3rd edition, p. 179-180.
- Kolber Michael., *Rulemaking without rules: an empirical study of direct final rulemaking*, *Albany Law Review*, 2009.
- Kundis Craig Robin., *The Clean Water Act and the Constitution*, *Environmental Law Institute*, 2009, Second Edition, p.169 et s.
- Langbein Laura., *Negotiated and Conventional Rulemaking at EPA: A Comparative Case Analysis*, Washington, Paper for National Research Council, 2005.
- Levin Ronald M., *Direct Final Rulemaking*, *The Georges Washington Law Review*, Vol. 64 n°1, November 1995, p.1-34.
- Louis Jaffe, *Law Making by Private Groups*, *Harvard Law Review*, 51, 1937.
- Lubbers Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rule Making*, Chicago, American Bar Association; 2006, 4th Edition edition.
- Mendes Joana, *Participation in EU Rule-making : A Rights-Based Approach*, OUP Oxford, 2011, 544 pages.
- Menkel-Meadow Carrie, *The lawyer's role(s) in deliberative democracy*, *Nevada Law Journal*, Vol.5, winter, 2004.
- Mintz Benjamin, *A guide to federal agency rulemaking*, *Administrative conference of the US*, Second Edition, 1991.
- Mitchell, R.B., Clark, W.C., and Cash, D.W., *Information and influence*, in R.B. Mitchell, W.C. Clark, D.W. Cash, and Dickson eds. Cambridge MIT press, 2006.
- National Research Council, *Analysis of Global Change Assessments: Lessons Learned*, Washington DC, 2007.
- Noveck Beth Simone, *The electronic revolution in rulemaking*, 53 *Emory L.J.*, 2004.
- Noveck Beth Simone, *The Future of Citizen Participation in the Electronic State*, *Journal of Law and Policy*, Vol. 1, 2005, p.6.
- Paddock LeRoy, *Environmental Accountability and Public Involvement*, Vol. 21, *Pace Environmental Law Review*, Issue 2, p. 243-264, summer 2004.

- Pateman Carole., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, 1970, First Edition.
- Pierce Richard J., *Administrative Law Treatise*, Aspen Publishers, 2011, 5e edition.
- Ramos, A. G., *The new science of organizations*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.
- Rawls John., *A Theory of Justice*, US, Library of Congress Cataloging, 2005.
- *Regulatory Reform: Procedural and Analytical Requirements in Federal Rulemaking: Statement of Robert P. Murphy, General Counsel*, 2012.
- Renn Ortwin., *Risk Governance: Coping with Uncertainty in a Complex World*, London, Earthscan publishers, 2008.
- Richardson Henry S., *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy*, Oxford Political Theory, 2003.
- Rossi J., *Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking*, *Northwestern University Law Review*, 92, 1997, p. 173-249.
- Russell Jesse and Cohn Ronald., *Erulemaking, Book on Demand Ltd.*, July, 2012.
- Sabel Charles F., Simon William H., *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, *The Harvard Law Review*, 117 Harv. L. Rev. 1015, February, 2004.
- Sanders Lynn M., *Against Deliberation*, *Political Theory*, Vol. 25, No. 3, 1997, p. 347.
- Scalia Antonin, *Rulemaking as Politics*, Chairman's message, 34 *Admin. L. Rev.* (1982).
- Shafie David., *E-rulemaking and environmental policy*, Annual Meeting of the American Political Science Association, 2007, www.allacademic.com/meta/p211731index.html.
- Shwartz Robert S., *Declination in the exceptions to the notice and comment provisions of the administrative procedure act*, Chapter on Administrative Law, *The George Washington Law Review*, Vol 57, 1988-1989, p. 1069-1092.
- Simrell King Cheryl et al, *The question of participation: toward authentic public participation in public administration*, 58 *Pub. Admin. Rev.* 317, 1998.
- Sive David, Chertok Mark A. Sive, Paget and Riesel, P.C., "Little NEPAs" and their environmental impact assessment processes, Colorado, June, 2005.
- Stephen Zavestoski and Stuart W. Shulman, *The Internet and Environmental Decision-Making*, *Organization and Environment* 15, 3 (Fall 2002), p. 323-327.
- Stephen Zavestoski, Stuart Shulman, and David Schlosberg, *Democracy and the Environment on the Internet: Electronic Citizen Participation in Regulatory Rulemaking*, *Science, Technology & Human Values* Vol. 31, No. 4 (2006), p. 383-408.

- Stewart Richard B., Essay – Administrative law in the twenty-first century, New-York University Law Review, Vol. 78, n°2, May 2003.
- Sunstein Cass R., Is the clean air act unconstitutional?, Michigan Law Review, 98 Mich. L. Rev. 303, November, 1999.
- Susskind Lawrence and McMahon Gerard, The Theory and Practise of Negotiated Rulemaking, Yale Journal on Regulation, Fall, 1985.
- U.S. Government Accountability Office, Electronic Rulemaking. Progress Made in Developing Centralized E-Rulemaking System, 2012.
- U.S. Government Accountability Office, Federal Rulemaking: Agencies' Use of Information Technology to Facilitate Public Participation, 2012.
- U.S. Government Accountability Office, Federalism - Implementation of Executive Order 12612 in the Rulemaking Process, T-GGD-99-93, May 5, 1999.
- United States Congress House of Representatives, To Ensure the Incorporation of Risk Assessment and Cost Benefit Analysis in the Rulemaking Process, 2010.
- United States Congress Senate, An ACT to Promote Regulatory Flexibility and Enhance Public Participation in Federal Agency Rulemaking, and for Other Purposes, 2012.
- United States General Accounting Office, Report to the Committee on Governmental Affairs, U.S. Senate, Electronic Rulemaking - Efforts to Facilitate Public Participation Can Be Improved, September 2003.
- United States. Congress. House. Committee on Small Business. Subcommittee on Regulatory Reform and Oversight, EPA Rulemaking: Do Bad Analyses Lead to Irrational Rules: Hearing Before the Subcommittee on Regulatory Reform and Oversight of the Committee on Small Business, House of Representatives, One Hundred Seventh Congress, first session, Washington, DC, November 8, 2001, Volume 4.
- Ventriss Curtis and Kuentzel Walter, Critical Theory and the Role of Citizen.
- Wald Patricia M., Negociation of Environmental Disputes: A New Role for the Courts?, Comlumbia Journal of Environmental Law, Vol 10, n°1, 1985.
- Werhan Keith, Delegalizing Administrative Law, University of Illinois Review, 1996.
- Zarger R., Practitioner Perspectives on Successful Public Participation in Environmental Decisions, Washington DC, Paper prepared for the National Research Council Panel on Public Participation in Environmental Assessment and Decision Making, National Academy of Sciences, 2003.

CHAPITRE 7 : UNE PARTICIPATION DU PUBLIC INÉGALEMENT RÉPANDUE : ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Par Michel Prieur, Professeur émérite à l'Université de Limoges, Directeur scientifique du CRIDEAU-OMIJ, Président du CIDCE

La participation du public à l'élaboration des textes réglementaires reste encore bien souvent informelle ou balbutiante. Alors qu'elle est depuis longtemps largement intégrée dans le droit et dans les mœurs en Amérique du nord (1946 aux Etats-Unis dans tous les secteurs ; 1961 et 1972 au Québec, dans le domaine de l'environnement ; 1985 au Canada dans tous les domaines ; 1995 en Hongrie pour l'environnement), elle est encore inexistante ou au stade expérimental dans de nombreux autres pays¹⁷⁸. La Chine elle-même se lance dans des pratiques de participation du public sur les projets de textes au plan local et parfois national¹⁷⁹.

Cependant une tendance lourde se manifeste d'une extension et d'une juridicisation de cette procédure sous la pression d'une sensibilisation accrue du public en matière d'environnement du fait qu'il s'agit d'une question d'intérêt collectif pour laquelle le monopole du pouvoir de décider attribué traditionnellement à l'administration est petit à petit remis en cause. Cette évolution est de plus légitimée au plan universel par le principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992 et au plan régional européen par l'art. 8 de la Convention d'Aarhus de 1998. L'Union européenne n'ayant pas intégré cet art. 8 dans le droit de l'Union, il en résulte que les Etats membres offrent des différences importantes tant au plan juridique que pratique. On le constate à la lecture des rapports de la Belgique et de la Hongrie au regard de l'évolution française. En dépit de la « ley del gobierno » n°50-1997 du 27 novembre 1997 qui prévoit une consultation facultative sur les projets de lois et décrets royaux, l'Espagne est toujours à la recherche d'un mécanisme de participation si l'on en croit la réaction d'associations espagnoles d'ornithologie qui ont dû recourir à une motion du congrès de l'UICN le 15 septembre 2012 à Jéju en Corée du sud pour exprimer leur mécontentement¹⁸⁰. Aux Pays-Bas, probablement faute d'une procédure satisfaisante de participation, une initiative privée a lancé

¹⁷⁸ Au Pérou une pratique informelle de publication de certains règlements avec 30 jours pour les commenter a été initiée par Fujimori en 1990. Cela concernait l'environnement aussi bien que les autres secteurs. Ce n'est que par l'art. 39 d'un décret de 2009 que les normes environnementales font l'objet d'une publication et de commentaires.

¹⁷⁹ Notice and comment rule making comes to China, dans *Administrative and regulatory law news*, American Bar Association, vol. 32 n° 1, Fall 2006

¹⁸⁰ Voir motion 158 de l'UICN, Participation des citoyens aux procédures législatives relatives à l'environnement, (Cf. tome 2, annexe 1.8).

le site internet du « Parlement fantôme » (schaduwkamer.nl) qui permet de donner son avis sur les projets soumis au Parlement (le Monde, 10-6-2010). En Belgique aucune procédure formelle de participation n'a encore été instituée mais des consultations sont parfois organisées de façon informelle (par exemple projet d'arrêté royal sur le stockage des déchets radioactifs en 2010). Le déficit démocratique de participation du public semble bien exister plus dans les Etats membres qu'au sein des institutions européennes (voir le rapport supra, chapitre 7 : La pratique bien installée de l'Union européenne). Il serait de ce fait opportun que la France prenne une initiative à l'échelle européenne pour proposer une directive en la matière.

En Amérique du nord et du sud, l'organisation des Etats américains (OEA) a adopté le 14 décembre 1999 une stratégie interaméricaine pour la promotion de la participation du public au processus de prise de décision sur le développement durable. Elle énonce les avantages de la participation du public au processus décisionnel : « apport d'une plus large gamme d'idées, d'expériences et de compétences capables d'impulser l'élaboration de solutions alternatives... permettre aux décideurs d'avoir une meilleure connaissance de la situation... réduire les risques de conflits... contribuer à la transparence des actions publiques... bâtir une plus grande confiance entre le gouvernement et la société civile ». Une des recommandations est de « créer, étendre et mettre en œuvre des cadres juridiques et réglementaires qui assurent la participation de la société civile aux décisions en matière de développement durable ». Suite à une étude effectuée par l'OEA dans 12 pays, la plupart des lois sur l'environnement ne permettaient pas la participation du public aux décisions avant 1990. Depuis lors 43% de ces lois font état d'une forme de participation et les lois les plus récentes reflètent une nette tendance à mieux organiser la participation. Ce document insiste enfin sur la nécessité de renforcer la capacité des personnes de participer à la prise de décision et sur les ressources financières pour renforcer les pratiques participatives.

Cependant 20 ans après Rio, si la participation du public est un thème récurrent et dominant en termes d'affichage politique, les modalités pratiques de mise en œuvre à l'occasion des décisions publiques restent le plus souvent lacunaires. Le thème relève toujours plus de l'incantation que du concret. S'est invitée au débat la démocratie électronique qui devrait pourtant faciliter et accélérer la mise en œuvre opérationnelle de la participation. Mais la participation concerne une grande diversité de décisions publiques. Trop souvent l'intérêt qu'elle suscite pour le personnel politique et dans les travaux de recherche est polarisé sur la participation relative à des projets ponctuels d'ouvrages ou d'aménagement. Même les spécialistes ne font pas vraiment de distinction entre les divers objets de la participation et ne

traitent que des procédures touchant des activités privées ou publiques au moyen d'enquête publique, d'audition publique ou de forum de discussion. Or notre objet est différent dans la mesure où il ne concerne que la participation à l'élaboration des décisions publiques réglementaires. Ce type de participation n'est pas de même nature, n'exige pas les mêmes procédures et n'a pas les mêmes effets.

La présente recherche examine l'expérience de plusieurs pays d'Europe et d'Amérique sur la base de rapports nationaux :

- Amérique du nord : États-Unis, Canada, Québec
- Amérique du sud : Argentine, Costa Rica, Pérou
- Europe : Belgique, Hongrie, France

Figurent en Annexe les rapports sur l'Argentine, la Belgique, le Canada et le Québec, le Costa Rica, la Hongrie et le Pérou¹⁸¹. Compte tenu de sa riche expérience on ajoutera la Suisse dans nos commentaires. La tendance à l'extension de la procédure de participation à l'élaboration des textes, en particulier en matière d'environnement, hors Europe et Amérique, peut aussi être illustrée par l'introduction récente de cette procédure au Maroc. Un décret n° 2-08-229 du 21 mai 2009 institue une procédure de publication des projets de textes législatifs et réglementaires. De façon inédite il met en œuvre un engagement international souscrit par le Maroc dans le cadre de l'accord de libre –échange Maroc -Etats-Unis du 15 juin 2004. En effet dans cet accord commercial, comme dans tous ceux passés par les Etats- Unis, figure un chapitre sur l'environnement qui impose aux deux Parties des procédures de participation du public. Le décret marocain vise aussi bien les lois, les décrets et les arrêtés et s'applique non seulement à l'environnement mais aussi à d'autres domaines. Le public peut faire des commentaires pendant une durée de 15 jours minimum. Ces commentaires sont accessibles au public. On peut supposer que des procédures de ce type vont se généraliser hors d'Europe et d'Amérique, notamment dans les pays francophones et que les conditions de mise en œuvre de la procédure en France serviront d'inspiration à l'étranger. Si la France ne prête que peu d'attention aux expériences étrangères (ni l'exposé des motifs du projet du gouvernement, ni l'étude d'impact du projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public déposé au Sénat le 3 octobre 2012 n'évoquent les expériences étrangères ; seul le rapport de L. Rossignol au Sénat en fait état), beaucoup de pays du sud suivent avec intérêt les réformes françaises et s'en inspirent.

¹⁸¹ Cf. tome 2, annexe 1.9.

La présente synthèse des expériences étrangères ne rentrera pas dans le détail des procédures nationales qui figurent dans les annexes, mais se limitera à mettre en lumière les questions essentielles. Un tableau synthétique et comparatif concernant 10 Etats et l'Union européenne¹⁸².

I. Les sources de la participation

La participation du public trouve le plus souvent sa source dans la Constitution comme en France, au Costa Rica, en Hongrie, au Pérou ou en Suisse. Elle peut être formulée plus ou moins directement. Elle est parfois rattachée à la nécessité de l'information en matière d'environnement comme en Argentine. En Suisse elle ne figure pas parmi les droits fondamentaux. La formulation de l'art. 147 de la constitution Suisse se présente non comme une « participation » mais comme une « procédure de consultation ». Cette procédure de consultation prévoit que : « ... les milieux intéressés sont invités à se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants ». C'est la loi fédérale Suisse du 18 Mars 2005 qui précise que le but de la consultation vise à associer les partis politiques, les cantons et les milieux intéressés « à la définition de la position de la Confédération et à l'élaboration de ses décisions ». De plus cette procédure « permet de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté ». On remarquera ici l'énoncé des objectifs de la consultation du public qui sont rarement exprimés dans les textes des autres pays.

Dans les Etats ayant le plus d'expérience en la matière c'est une simple loi de procédure administrative relative à l'élaboration de la réglementation qui a instituée la participation du public, comme aux Etats Unis dès 1946 ou la Canada en 1985.

Une des constitutions récentes qui insiste particulièrement sur le thème de la participation est celle de l'Equateur de 2008. Elle fait du principe de participation un droit fondamental (art. 61 et 85). La participation est garantie pour ce qui concerne « la formulation » des politiques publiques (art. 85). Les citoyens sont invités à participer directement à la prise de décision selon les « principes d'égalité, d'autonomie, de délibération publique, de respect des différences, de contrôle populaire, de solidarité et d'interculturalité » (art. 95). En application du droit à la participation, le peuple est chargé de contrôler le pouvoir politique au nom de la

¹⁸² Cf. tome 2, annexe 1.10.

transparence, du contrôle social et de la lutte contre la corruption (art. 204). Un conseil de participation citoyenne et de contrôle social est chargé de développer la participation citoyenne (art.207 et s.). En matière d'environnement la participation active et permanente est prévue par l'art.395.

II. Initiative citoyenne et programme d'action gouvernementale

L'initiative citoyenne pour les actes réglementaires est encore rare. Si elle existe bien traditionnellement en Suisse pour les lois, elle ne concerne pas les ordonnances. Mais elle existe en Argentine, au Canada, aux Etats-Unis, en Hongrie et au Québec. Au Pérou elle existe pour les lois et pas pour les décrets¹⁸³. Une telle initiative citoyenne traduit la volonté d'un contrôle social. Si l'administration y donne suite, la consultation du public sur le projet constituera bien le suivi d'une demande citoyenne susceptible de susciter plus d'intérêt que pour un texte non sollicité.

Quels que soient les délais fixés pour la consultation, le public ne pourra participer que s'il a pu se préparer à l'avance en recherchant des informations ou des expertises sur le sujet traité par le projet de réglementation. Une consultation qui tombe brutalement sans annonce préalable risque de n'être pas considérée comme loyale. Aussi paraît indispensable pour une participation efficace, l'annonce soit du programme d'action gouvernementale qui déterminera dans les mois à venir les thèmes qui feront l'objet de projets de textes, soit l'annonce précise des consultations à venir. L'idéal serait de procéder aux deux annonces. On constate que 5 pays sur 10 disposent de l'un ou l'autre des types d'annonce. Aux Etats-Unis la loi impose au président d'annoncer deux fois par an (en octobre et en avril) la liste des projets qu'il envisage d'adopter en la publiant dans le Federal Register et sur le site « regulations.gov ». Chaque Agence doit publier une fois par an, dans le Federal Register et sur le site reglinfo.gov, un « regulatory plan » faisant état de ses futures activités réglementaires. Le public intéressé est de ce fait mieux préparé à participer. En Suisse la Chancellerie fédérale publie tous les 6 mois sous forme électronique une liste des consultations programmées (art. 5 de l'ordonnance sur la procédure de consultation du 17 août 2005).

En France aucune programmation des textes à prendre n'est imposée, ce qui conduit à une certaine improvisation et à un manque de cohérence dans les actions entreprises. Des efforts

¹⁸³ La loi 26300 du Pérou sur les droits de participation et de contrôle citoyen exige la signature de 0,3% du corps électoral (soit 56000 personnes) pour être adressée au Parlement.

vont toutefois dans le bon sens. Ainsi en est-il de la charte du 15 novembre 2004 de la qualité de la réglementation du ministère de l'écologie qui évoque le programme de travail semestriel du gouvernement. La programmation des textes prioritaires est prévue selon les procédures définies par les circulaires des 27 septembre 2004, 29 février 2008 et 23 mai 2011.

III. Champ d'application

On doit constater que la France a institué en 2010 une participation du public limitée aux seules questions d'environnement, sous la réserve de la possibilité facultative de participation dans les autres secteurs prévue à l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011¹⁸⁴. En Hongrie également la participation n'a d'abord concerné que l'environnement, puis a été étendue aux autres secteurs en 2010. Certes les principes 10 de Rio 1992 et la convention d'Aarhus ne prévoient la participation à la prise de décision qu'en matière d'environnement. Toutefois les Etats qui ont institué la participation du public après la conférence de Rio de 1992 ne l'ont pas limité au seul environnement. En effet la démocratie participative devrait s'appliquer à l'ensemble de la chose publique. Le Québec a d'abord institué la participation en matière d'environnement (loi sur l'eau de 1961 et loi sur l'environnement de 1972), puis l'a étendu à l'ensemble de la réglementation en 1986.

Cette extension semble désormais inéluctable, y compris en France. Mais l'expérience des Etats-Unis montre que lorsque l'environnement est entré dans le champ d'application de la procédure de « notice and comment », à savoir au tout début de la politique de l'environnement en 1969, cela a eu des effets sur la pratique de la participation. L'intérêt montré par l'opinion à l'environnement, a fait que cette procédure a rencontré plus de succès et d'intérêt que dans les autres domaines de participation.

La procédure de participation du public s'impose à l'administration aux Etats-Unis, Canada, Hongrie, Pérou, Suisse. Elle n'est obligatoire en France que pour l'environnement. Elle est facultative au Costa Rica et en Argentine. Dans ce dernier pays elle s'applique quand le pouvoir exécutif considère que la viabilité et l'opportunité du projet l'imposent. Mais toute personne publique ou privée peut le réclamer auprès de l'autorité responsable qui doit répondre dans les 30 jours de façon motivée (art. 11, décret 1172/2003, annexe V).

En s'appliquant aux actes généraux réglementaires, la procédure de participation va trouver tout naturellement à s'appliquer non seulement aux règlements classiques (décrets, arrêtés ou

¹⁸⁴ Cf. tome 2, annexe 1.11.

ordonnances, selon les appellations nationales), mais également aux plans et programmes qui sont le plus souvent assimilés à des actes généraux. Il en est ainsi dans tous les pays étudiés.

Au-delà de ces actes, la participation peut étendre son champ d'application aux projets de lois. La participation à l'élaboration des lois est alors soumise au même régime que la participation à l'élaboration des actes réglementaires. Cela est conforme au principe 10 de Rio qui ne fait pas la différence. L'art 8 de la Convention d'Aarhus fait le même amalgame. Toutefois, si l'art. 8 vise expressément les dispositions réglementaires, il vise également « les autres règles juridiquement contraignantes » ce qui permet de couvrir les lois. Mais cette formulation doit se combiner avec l'art. 2-2-d de la dite convention qui exclut les organes législatifs de la définition des « autorités publiques ». C'est pourquoi la Convention est interprétée comme n'imposant pas la participation à l'élaboration des lois lorsque ces dernières sont arrivées au Parlement. Mais lors que le projet émane du gouvernement, celui-ci doit le soumettre à participation du public avant la transmission au Parlement. C'est la pratique française depuis le 11 septembre 2012 avec la soumission à consultation publique du projet de loi sur la mise en œuvre du principe de participation du public. Il en serait différemment pour une proposition de loi émanant du Parlement, sauf à ce dernier de décider de la participation avant examen par les commissions parlementaires. Sur les 10 Etats figurant dans le tableau synthétique et comparatif en annexe, seulement quatre Etats appliquent la participation aux projets de lois (Argentine, Hongrie, Pérou et Suisse). On remarquera que les Etats pionniers, malgré l'insertion ancienne de la procédure de participation du public, ne recourent pas à la participation du public pour les projets de lois (Etats-Unis, Canada, Québec).

La participation du public préalable à l'adoption des traités internationaux est une innovation qui est susceptible de se généraliser. Le principe 10 de RIO et l'art. 8 d'Aarhus l'admettent implicitement dans la mesure où la participation est antérieure au dépôt du projet de loi portant ratification d'un traité. Cette possibilité est prévue en Argentine, mais pas appliquée, alors qu'elle est prévue expressément en Suisse et effectivement appliquée. En Suisse c'est la Constitution qui le prévoit pour les traités « importants » (art 147). La loi du 18 mars 2005 précise qu'il s'agit des traités soumis ou sujets au référendum et les traités qui touchent des intérêts essentiels des cantons. (Voir par exemple la consultation préalable à la ratification de la convention européenne du paysage du 1^o octobre 2010 au 21 janvier 2011 qui a recueilli 66 réponses ; la consultation sur le Protocole de Nagoya du 16 mai 2012 au 6 septembre 2012, n'a pas encore fait l'objet d'un rapport, www.admin.ch/procedures de consultation et d'audition). L'union européenne soumet également les projets de traités à consultation du public depuis ? C'est ainsi que le Protocole de Nagoya a été soumis à consultation du 24

octobre 2011 au 30 décembre 2011. Il a reçu 43 réponses publiées dans <http://ec.europa.eu/environment/consultations>. En France Il est certain que les traités sur l'environnement ont un fort impact politique et juridique et que les populations sont directement concernées. Dans une perspective de recherche de l'effectivité du droit international de l'environnement en droit national, une telle consultation est bienvenue pour sensibiliser le public. Elle a été instituée par le biais des études d'impact des lois .Bien que la loi organique du 15 avril 2009 dispose à l'art. 11 que l'art. 8 sur les études d'impact des lois n'est pas applicable aux lois de ratification des traités, il est néanmoins prévu que les traités soumis au Parlement sont accompagnés de documents équivalents à une étude d'impact. Le règlement de l'Assemblée Nationale en son art. 83 suite à une résolution du 27 mai 2009 prévoit que ce document ainsi que les études d'impact sont mis à disposition du public par voie électronique afin de recueillir des observations. Ainsi depuis 2009, le public français peut faire des observations sur les projets de traités via le site de l'Assemblée Nationale. La participation du public sur les traités avant leur ratification devrait se généraliser sur la base du principe 10 de Rio et des dispositions du document résultant de Rio + 20 qui invite à de très nombreuses reprises à renforcer la participation pleine et entière de la société civile. Selon le paragraphe 13 de « L'avenir que nous voulons » du 19 juin 2012, « il est indispensable que les peuples aient la possibilité d'agir sur leur vie et leur avenir, de participer aux processus décisionnels.. »

IV. Déroulement de la procédure

En général les modalités juridiques de la participation restent très imprécises et suscitent souvent beaucoup d'insatisfactions. Entre le droit et la pratique il peut y avoir beaucoup de différences. Le législateur est écartelé entre deux options : réguler très précisément les modalités de la participation avec le risque de la tuer à cause de sa complexité, ou bien laisser beaucoup de souplesse et de questions non résolues par le droit au risque de la rendre inopérante.

Selon le modèle américain bien établi, la procédure se décompose en deux phases : l'annonce du projet de texte et la phase de participation. L'annonce du projet se fait soit uniquement par internet (France, Costa Rica, Hongrie), soit le plus souvent à la fois par internet et via le journal officiel. La Suisse y ajoute une annonce par voie de presse. Le projet soumis à consultation doit comporter une notice explicative, plus ou moins détaillée selon les Etats et accompagnée ou non d'autres documents explicatifs ou informatifs. Là encore ce sont les

Etats-Unis qui fournissent au public le plus grand nombre de données dans un esprit d'information complète et de transparence. La Suisse prévoit que le dossier envoyé en consultation est accompagné du communiqué de presse, d'un rapport explicatif, de la liste des organismes consultés, le tout dans les trois langues officielles. Le rapport explicatif présente les grandes lignes du projet, les objectifs poursuivis et renseigne sur sa mise en œuvre. Chaque disposition du projet de texte doit faire l'objet d'un commentaire explicatif. Le texte peut être accompagné de questions posées au public.

En matière d'environnement la réalisation d'une étude d'impact stratégique devrait être imposée préalablement à la mise en consultation du projet de texte général. Elle est exigée au Canada, aux États-Unis, en Hongrie et au Québec. Mais aux Etats-Unis l'étude d'impact des textes n'est obligatoire que pour les textes élaborés par les administrations autres que l'environnement, cette dernière étant supposée prendre en compte automatiquement l'environnement dans ses décisions.

Alors que la France prévoit une étude d'impact pour les projets de loi, les projets de décrets n'y sont pas astreints ce qui réduit, pour le public et l'administration elle-même, la capacité d'apprécier les effets futurs de l'application du texte envisagé. Cependant l'étude d'impact des règlements est encouragée par des circulaires (charte de la qualité de la réglementation du ministère de l'écologie du 15 novembre 2004 et circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit ; la méthode d'évaluation des projets de textes réglementaires est fixée par la circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les collectivités territoriales et les entreprises et la circulaire du 23 mai 2011 relative aux dates communes d'entrée en vigueur des normes concernant les entreprises).

La phase de participation pose les problèmes de délai, de modalités, de transparence et de situations d'urgence.

Le délai donné au public pour participer est une question essentielle pour apprécier le sérieux de la consultation. Le plus souvent un délai minimum est fixé et chaque administration fixe un délai adapté au texte en cause et à sa complexité. Le délai va de 3 à 8 jours en Hongrie, 10 jours au Pérou, trente jours au Canada sauf pour l'environnement qui bénéficie de deux mois. Les Etats les plus démocratiques, en ce sens qu'ils donnent au peuple le plus de temps pour réagir, soit trois mois minimum, sont les Etats-Unis, la Suisse, le Royaume Uni¹⁸⁵. Plus la durée est longue plus les opinions exprimées peuvent être mieux fondées et donc plus utiles pour l'administration. De plus le public se sent mieux considéré et il aura de ce fait plus de

¹⁸⁵ Au Royaume Uni, Code of practice on consultation, cabinet office, janvier 2004.

confiance dans l'utilité réelle de la procédure de participation. La durée minimum française de 15 jours est manifestement insuffisante. Elle a été timidement rallongée à 20 jours par la réforme de décembre 2012, ce qui reste évidemment insuffisant pour que le public croie en l'utilité de son intervention. On notera que dans des Etats où la participation concerne toutes les politiques, la durée de participation pour les textes relatifs à l'environnement est plus longue que la durée pour les autres textes. Ainsi au Canada : 60 jours pour l'environnement et 30 jours pour les autres. AU Québec : 60 jours pour l'environnement et 45 jours pour les autres. Le public participe en envoyant ses observations à l'administration concernée sans aucune contrainte a priori quant au format. Parfois, toutefois comme en Suisse, la consultation est accompagnée d'un questionnaire auquel le public est invité à répondre. En Argentine le décret 1172 de 2003 prévoit que les commentaires doivent se faire sur un formulaire préétabli (annexe VI du décret de 2003) ce qui retire de la spontanéité pour le public, mais facilite le travail d'évaluation de l'administration. Il en est de même au Pérou. Le formulaire argentin impose au public de donner son état civil et interdit de ce fait les commentaires anonymes.

Dans tous les pays sauf la France et la Hongrie, le public peut envoyer ses opinions soit par internet soit par courrier. Parallèlement aux observations écrites, aux Etats-Unis, selon les administrations et selon les projets en cause, des commentaires oraux peuvent être recueillis ou des réunions publiques organisées. Des Agences commencent à utiliser webcast et des sessions interactives d'internet pour élargir le public participant aux réunions. Après la période officielle des commentaires du public, les Agences ouvrent parfois de façon informelle une seconde période de réponses aux commentaires.

La transparence et la loyauté durant la consultation implique que les observations du public soient accessibles par tous en temps réel. C'est le cas aux Etats-Unis et au Canada. Ailleurs le public ne peut accéder aux autres commentaires qu'après clôture de la consultation. Cela est regrettable car cela empêche un dialogue et un enrichissement mutuel des idées. Il en est de même quand l'administration est invitée parfois, comme aux Etats-Unis à répondre en temps réel au public. La participation devient alors une occasion d'échanges et de débat et plus de simple consultation. C'est une autre forme de démocratie participative, probablement plus productive d'effets utiles, mais aussi plus lourde à gérer pour l'administration. La transparence et la loyauté pourraient utilement être garanties par la présence d'un garant, autorité indépendante qui veillerait au bon déroulement de la participation afin que le public ait toute confiance dans l'utilité réelle de la consultation. Un tel garant n'est pas vraiment prévu dans les pays étudiés, mais il est réclamé pour la France par le rapport du Conseil d'Etat

de 2011 sur « consulter autrement, participer effectivement » (p. 108) et par les recommandations du Conseil de l'Europe de 2004 et 2009 sur la démocratie électronique. En cas d'urgence la grande majorité des Etats, soit dispensent totalement l'administration de la procédure de participation, soit réduisent la durée de celle-ci. Le risque de voir l'urgence invoquée abusivement par l'administration, renforce l'idée de disposer d'un certain contrôle ou d'une voie de recours. Probablement du fait de certains abus en Espagne, la motion 158 adoptée par l'IUCN à l'initiative d'une ONG espagnole le 15 septembre 2012 « prie les gouvernements européens d'éviter de recourir inutilement à des procédures d'urgence lors de l'élaboration de textes législatifs ayant un impact important sur l'environnement et, si nécessaire, d'établir des mécanismes également d'urgence permettant la participation du public ». Autrement dit l'urgence ne devrait pas toujours priver le public de participation, mais conduire à réduire la durée habituelle de la consultation. L'art. 7 de la loi Suisse sur la procédure de consultation du 18 mars 2005 prévoit en cas d'urgence soit le raccourcissement du délai, soit la consultation sous la forme d'une conférence dont sera dressé procès-verbal. Aux Etats-Unis, l'urgence n'est pas prévue en tant que telle. Mais Une cause d'exemption de la procédure de « notice and comment » est lorsque l'administration considère que la participation est impraticable pour des raisons légitimes (good cause) ou contraire à l'intérêt public. Lors de la pollution offshore au large du golf du Mexique, l'Agence compétente a imposé un moratoire à l'exploitation pétrolière sans participation du public à cause de l'urgence. Les compagnies pétrolières lésées ont attaqué cette décision pour défaut de participation en contestant l'urgence. Elles ont été déboutées par les tribunaux.

V. Évaluation des commentaires et décision finale

La façon dont l'administration traite les observations du public est un deuxième test du sérieux de la procédure, après les délais laissés au public. Les Etats-Unis, Le Canada et le Québec recourent parfois à un comité ad hoc chargé d'analyser les commentaires du public. C'est une garantie d'objectivité et de traitement loyal des observations parfois contradictoires. Dans les autres pays c'est l'administration responsable du projet qui fait elle-même l'analyse du contenu des commentaires et sa synthèse. Dans tous les cas la décision finale doit être accompagnée d'un document plus ou moins développé selon les Etats et selon des pratiques variables qui rend compte de la participation. Lors de cette phase, en Suisse, les avis sont pondérés et évalués ; Un rapport spécial doit rendre compte des résultats de la consultation et en faire un résumé « sans porter d'appréciation ».

Aux États-Unis le document essentiel qui accompagne la décision finale et atteste d'une participation loyale et transparente est le « statement of basis and purpose ». Il s'agit de démontrer la prise en considération des arguments présentés lors de la consultation du public. Ce rapport détermine les fondements (y inclus les apports des publics) et les objectifs de la nouvelle réglementation. Les tribunaux américains exigent que l'agence démontre qu'elle a pris en considération les commentaires du public en répondant à ces commentaires. Bien entendu ce rapport ne doit pas répondre à tous les commentaires, mais seulement à ceux considérés comme significatifs et pertinents. La pratique a consisté à généraliser la création d'un dossier spécial pour chaque projet de réglementation qui enregistre toutes les pièces de la procédure et est à tout moment accessible au public au nom de la transparence.

Il peut arriver que l'administration, après avoir étudié les commentaires, considère que son projet nécessite une refonte importante pour répondre à de légitimes observations ou suggestions du public. Elle pourra alors décider de refaire le projet et le soumettre à nouveau à participation du public. Il en est ainsi aux États-Unis en pratique bien que ce ne soit pas prévu par la loi. L'ordonnance Suisse sur la procédure de consultation du 17 août 2005 prévoit à l'art. 19-2 que si les résultats de la consultation soulèvent sur des points essentiels des doutes quant à la suite des travaux, il convient d'adresser au Conseil fédéral une proposition pour la suite des travaux, ce qui suppose la possibilité de refaire le texte du projet et le resoumettre à consultation du public.

Une procédure assez unique consiste aux États-Unis à obliger l'administration (les Agences) à transmettre le règlement au Congrès avant son entrée en vigueur. Sur la base de la loi de 1996 sur le contrôle des règlements par le Congrès (congressional review act) les règlements importants (major rules) sont examinés par le Congrès qui peut les réviser ou les rejeter. Depuis 1996 seul un règlement sur le droit du travail a été rejeté par le Congrès.

Au Pérou la loi sur l'environnement (art. 51 h) prévoit que lorsque les observations formulées lors des mécanismes de participation citoyenne ne sont pas prises en compte, l'administration doit justifier par écrit dans les 30 jours ses raisons à ceux qui ont exprimé leur opinion. En pratique cette disposition n'est pas respectée.

De façon générale le non respect de la procédure de participation n'est assorti d'aucune sanction particulière sinon un risque d'annulation de l'acte pris selon cette procédure. Des irrégularités dans la procédure de participation peuvent entraîner ou non l'annulation de la décision administrative. Selon chaque système contentieux national, le contrôle sera plus ou moins automatique ou aléatoire. C'est le droit commun de contrôle des actes administratifs qui s'appliquera. Aux États-Unis l'acte réglementaire est susceptible de recours contentieux

après épuisement des recours administratifs. Il en résulte, selon la jurisprudence, que les personnes qui n'ont pas participé à la procédure de « notice and comment » ne sont pas recevables à attaquer la décision finale ce qui a pour effet automatique de multiplier le nombre de participants qui veulent se réserver la possibilité d'attaquer l'acte au fond. Les tribunaux vérifient si l'Agence a pris une décision rationnelle et raisonnable, elle doit alors démontrer pourquoi elle a rejeté des alternatives significatives, pour quoi elle a changé la règle initialement projetée et en quoi la règle adoptée est le résultat des constats figurant dans le dossier de la participation. Il semble que globalement les tribunaux annulent rarement les décisions prises à l'issue d'une procédure de « notice and comment », car l'Agence constitue son dossier avec une particulière attention de telle sorte qu'elle répond par avance aux interrogations du juge. En droit français le respect de la procédure de participation du public sera considéré comme une formalité substantielle, mais le degré du contrôle du juge peut varier. Mais une limitation nouvelle du contrôle ne permet d'invoquer une irrégularité de la procédure que lorsque les irrégularités de la procédure sont susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision. (Art. 70, loi 17 mai 2011). Mais cette jurisprudence ne concerne que la consultation d'organismes consultatifs et non la participation directe du public. Mais lors que la participation du public se rattache à une garantie fondamentale, telle que celle découlant de l'art 7 de la Charte constitutionnelle, on doit désormais se référer à une jurisprudence tirée d'un arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011 n° 335033, Danthony. Selon cet arrêt : « si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie... ». La participation du public étant devenue, via la Constitution une garantie fondamentale en matière d'environnement, un vice dans le déroulement de la consultation risque d'entraîner une annulation plus facilement.

VI. Bilan et perspectives

Les États-Unis, en dépit de leur grande expérience en la matière, n'ont pas cessés depuis les années 1980-1990 de rechercher des améliorations de leur pratique. Mais aucune réforme juridique essentielle n'a été entreprise. Les rapports et études sur « notice and comment » vont pour la plupart dans le sens d'un renforcement des outils juridiques existants. Les

chercheurs et parfois l'administration se plaignent que la procédure de participation n'est pas assez bien connue par l'opinion publique et que ce sont toujours les mêmes groupes qui participent. S'ils participent et si surtout ils continuent à participer aux Etats-Unis, c'est qu'ils sont tous convaincus que la décision peut effectivement être influencée par la participation. L'administration le reconnaît elle-même sans difficultés et sa « culture » de participation la rend positive et attachée à cette procédure en tant qu'instrument très utile dans la fabrication du droit. Cette acceptation de la procédure et la « croyance » dans ses vertus est incontestablement un trait marquant de l'expérience nord américaine, qu'on ne retrouve ni en Europe, ni en Amérique du sud. Comme il reste toutefois toujours des cas où la participation reste une simple exigence procédurale sans effets utiles sur la décision, les présidences les plus progressistes se sont toujours efforcées de renforcer la procédure de participation pour le rendre plus performante.

Aussi n'est-il pas étonnant que le Président Obama ait entrepris une action consacrée à « transparence et gouvernement ouvert » en 2009-2010. Un executive order du 18 janvier 2011 « improving regulation and regulatory review » insiste sur la durée minimum de la consultation qui ne doit pas être inférieure à 2 mois ; encourage le public à commenter également les données scientifiques et techniques liées aux projets ; encourage les Agences d'examiner les points de vue différents des bénéficiaires de la réglementation avant même la publication du projet de réglementation, c'est-à-dire recueillir le plus en amont possible les réactions des publics. Cette dernière directive devrait conduire à terme à organiser juridiquement une phase officielle en amont de la participation sur un texte, qui serait une participation du public sur la seule intention de prendre un texte pour recueillir librement toutes opinions sur le contenu futur du texte. La participation se transformerait ainsi sensiblement en une co-préparation du projet de réglementation sans devenir pour autant une codécision.

Au Canada l'administration part du principe que tous les projets de texte sont bonifiables et que de ce fait la participation du public ne peut que constituer un enrichissement. La participation des autorités locales et des fonctionnaires de terrain fait également partie du processus de préparation des textes.

La participation du public en amont des décisions publiques est plus que jamais d'actualité. D'abord du fait que la France a mis en chantier l'application effective de l'art. 7 de la Charte de l'environnement avec sa loi de décembre 2012 qui sera suivie d'une ordonnance avant le 1^{er} septembre 2013 sur la participation aux décisions individuelles et aux décisions générales

locales et régionales et en raison de l'approbation par le Congrès mondial de la nature de Jéju le 15 septembre 2012 d'une motion précitée consacrée à la participation des citoyens aux décisions relatives à l'environnement dans la quelle tous les Etats sont exhortés à établir des mécanismes des mécanismes de participation effective du public lors des stades initiaux des processus de décisions en matière d'environnement.

Le fait que la participation est désormais dominée par l'usage de l'internet impose des réflexions nouvelles sur l'apparition d'une démocratie électronique vectrice de la démocratie directe. Certains pays ont pris des dispositions juridiques pour accompagner cette révolution technologique. Ainsi les Etats-Unis disposent d'une loi spéciale sur le gouvernement électronique (« E-government Act ») de 2002. Parmi les objectifs de la nouvelle loi figure : développer l'usage de l'internet afin d'augmenter les opportunités données au public de participer au gouvernement et développer au profit des décideurs publics un processus de décision mieux informé (sect. 2-b-2 et 7). En France un décret technique s'applique aux seules consultations du public réalisées facultativement en application de l'art. 16 de la loi du 17 mai 2011 (décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011). Il ne comporte aucune indication sur les objectifs poursuivis par la démocratie électronique. À cet égard l'OCDE et le Conseil de l'Europe ont été amenés à formuler des recommandations pour un bon usage de l'e-participation. Ces recommandations devraient influencer les législations mettant en place des procédures de participation du public.

La Recommandation (2004) 15 du 15 décembre 2004 sur la gouvernance électronique considère entre autres choses que la gouvernance électronique :

- donne à tous l'occasion de participer à la prise de décision et contribue ainsi à rendre la démocratie plus dynamique et plus accessible au plus grand nombre
- améliore l'efficacité des processus électronique
- offre des garanties de transparence et de durabilité
- maintien et renforce la confiance des citoyens dans les processus démocratiques et les pouvoirs publics
- devrait comporter un système de gestion de la qualité afin de remédier aux dysfonctionnements éventuels

La Recommandation (2009) 1 du 18 février 2009 sur la démocratie électronique demande de veiller à ce qu'elle :

- offre au public des possibilités de débattre et de participer de manière constructive et efficace à toutes les étapes du processus démocratique

- favorise les décisions politiques meilleures et plus légitimes
- encourage la participation des individus et des groupes sur un pied d'égalité
- exige information, dialogue, communication, délibération
- aide le public à comprendre les problèmes, les alternatives
- améliore la transparence, le contenu, la lisibilité des textes et l'accès à ces derniers permettant aux citoyens de mieux connaître les textes
- permette d'exercer une influence directe ou indirecte sur les décisions
- fasse l'objet d'un contrôle démocratique par des acteurs légitimes
- fasse l'objet de règles et de réglementations dûment équilibrées et centrées sur les citoyens
- fasse que tout participant agisse de manière pleinement transparente, responsable et comptable de ses actes et des opinions exprimées publiquement
- prévoit un organe indépendant pour vérifier son bon fonctionnement
- soit accompagnée d'une formation continue pour apprendre aux usagers à participer.

Les États-Unis ayant été les pionniers en matière de participation du public au processus de décision, il n'est pas étonnant qu'aujourd'hui ils jouent un rôle de missionnaire en la matière pour convaincre le monde entier des bienfaits d'une telle procédure devenue un objet d'exportation. En effet on trouve des dispositions sur la participation au processus de décision, en particulier dans les chapitres sur l'environnement des traités de libre échange passés par les États-Unis. De plus l'idée d'une gouvernance transparente (open government) est aussi un produit d'exportation américain. Le président Obama dans ses voyages à l'étranger ne manque pas d'évoquer cette gouvernance transparente et ouverte. En 2010 il a institué avec l'Inde un « open government dialogue ». Dans son discours à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2010 il déclarait :

« Le principe que les gouvernements doivent rendre des comptes aux citoyens est un fil conducteur du progrès... Partout dans le monde on reconnaît l'innovation quand le pouvoir est plus transparent et responsable... ».

Il est résulté de cet appel une conférence de 60 gouvernements invités par Hillary Clinton en juillet 2011 pour lancer un appel au développement de la transparence et de la participation du public à la fabrication des décisions. Puis le 20 septembre 2011 à New York a été inauguré à l'initiative des États-Unis et du Brésil, avec l'Indonésie, le Mexique, la Norvège, les Philippines, L'Afrique du sud et le Royaume Uni, le partenariat en faveur d'une gouvernance transparente (open government partnership ou OGP). La première réunion au sommet de OGP

a eu lieu à Brasilia le 17 avril 2012. Une déclaration pour un gouvernement transparent a été adoptée. (www.opengovpartnership.org). Dans cette déclaration approuvée fin 2012 par 55 États dont 13 de l'Union européenne, mais en l'absence de la France, il est déclaré l'engagement de « promouvoir la participation civique ». Le texte poursuit :

« Nous reconnaissons la valeur de la participation publique, égale et non discriminatoire de tous les citoyens aux processus décisionnels et de formulation des politiques. Nous nous engageons à accroître la transparence du processus de formulation des politiques et des prises de décision, à créer et à faire usage de canaux permettant de solliciter les réactions du public, et de renforcer la participation de ce dernier à l'élaboration , au suivi et à l'évaluation des activités des pouvoirs publics... ».

La participation du public à l'élaboration des décisions a de beaux jours devant elle bien au-delà de l'environnement. La démocratie participative est effectivement en marche sur l'ensemble de la planète. En tant qu'expression d'un nouveau droit de l'homme à la participation aux décisions publiques, elle devrait être irréversible. Mais elle va nécessiter encore expérimentations, tâtonnements, adaptations et recherche des bonnes pratiques grâce à des observatoires de la participation qui devraient être mis en place dans tous les pays et coopérer en réseaux.

CONCLUSION

En conclusion de la recherche, les équipes participantes constatent que « la participation du public à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement » est devenue depuis le principe 10 de la déclaration de Rio de Janeiro de 1992 une préoccupation partagée par de nombreux Etats du monde. Bien qu'il existât à cet égard un « modèle » avec l'expérience des Etats-Unis dite procédure de « notice and comment », chaque Etat semble découvrir les conditions juridiques et sociales de la participation et improviser sa pratique et ses textes pour satisfaire à la demande sociale d'une participation accrue aux décisions publiques.

Cette conclusion se présente en deux parties distinctes. Nous revenons tout d'abord sur les principaux résultats qui se dégagent de la recherche. Dans un second temps, sont formalisées les préconisations de l'équipe à l'égard des évolutions à donner au nouveau dispositif.

I. Principaux résultats

L'idée de « participation » en matière d'environnement est ancienne. On la rencontre dès les débuts des politiques d'environnement. Le décret n°75-672 du 25 juillet 1975 portant réforme du haut comité de l'environnement prévoit « le développement de la participation des citoyens... aux différents niveaux territoriaux » (art. 2). L'art. 40 de la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 en son art. 40 dispose que les associations sont appelées « à participer à l'action des organismes publics ». La loi Barnier n°95-101 du 2 février 1995 insère le principe de participation parmi les principes généraux du droit de l'environnement et la loi démocratie de proximité n° 2002-276 du 27 février 2002 associe la participation à l'élaboration de projets. Cette participation est toutefois limitée à l'élaboration des ouvrages ou projets d'aménagement c'est-à-dire à des décisions individuelles. La participation aux décisions générales et réglementaires est encore ignorée. Il faudra attendre la pression internationale avec l'art. 8 de la Convention d'Aarhus en 1998 et la réforme constitutionnelle avec l'art. 7 de la Charte de l'environnement de 2005 pour que la participation puisse porter sur des projets de textes généraux.

C'est en l'absence de toute connaissance voire conscience des expériences étrangères en la matière, sans moyens et dans l'urgence (dans une période de production réglementaire intense du fait des lois Grenelle) et un climat d'incertitude que l'article L. 120-1 a été appliqué en France.

De fait, la nouvelle contrainte juridique résulte d'une réforme presque par inadvertance. Si le principe de participation est devenu une obligation constitutionnelle en la seule matière de l'environnement, c'est à l'issue de « coups politiques » successifs qui ont eu pour effet de renforcer considérablement, de façon largement non intentionnelle, la force juridique du droit de participation du public en matière d'environnement. La Charte de l'environnement avec son article 7, et la constitutionnalisation du principe de participation, constitue autant de coups politiques ont ainsi rendu juridiquement indispensable l'ajout d'un nouveau fragment au paysage participatif français, réalisé dans l'urgence à l'occasion de la loi Grenelle 2.

Dès lors, la mise en œuvre du nouveau dispositif dans l'urgence et en l'absence de toute règle procédurale, a conduit à une forme de consultation de public a minima, au regard, aussi bien des pratiques existantes à l'échelle de l'Union Européenne ou dans d'autres contextes nationaux, qu'au regard, des « canons » qui tendent à s'établir en matière de dispositifs participatifs. La mise en ligne est ainsi marquée par la non-transparence et l'absence de toute traçabilité dans le processus de consultation, au-delà des documents visant à attester que la consultation a bien eu lieu. Ainsi, parmi d'autres recommandations détaillées plus loin, l'absence d'un acteur suivant l'ensemble du dispositif, depuis le choix de soumettre ou non un projet de décret à cette disposition, jusqu'à la publication d'un texte indiquant comment les observations du public ont été prises en compte dans la version définitive du décret, sont revenus dans les réactions du grand public à l'égard d'un dispositif qu'il ressent pour l'instant comme « le droit des autres ». C'est une pratique non stabilisée, non harmonisée, sans suivi organisé et sans moyens dédiés qui se dégage des deux années d'application de l'article L120-1 dans sa première version, telle que prévue par l'article 244 de la loi Grenelle 2.

L'analyse de la mise en œuvre de l'article 244 de la loi Grenelle 2 est particulièrement révélatrice des logiques qui gouvernent la production réglementaire. La mise en ligne constitue sans doute une première étape vers plus de transparence, qui révèle l'ampleur et l'importance des négociations qui se jouaient presque exclusivement « en coulisses ». L'écriture des règlements est au cœur d'affrontements proprement politiques, selon des logiques qui transcendent parfois le clivage gauche-droite.

La majorité des décrets auxquels le dispositif s'est appliqué durant les deux années sur lesquelles porte notre étude (mars 2010- mars 2012) est issue des lois Grenelle. Notre étude constitue ainsi, indirectement, une forme d'évaluation des effets du Grenelle et des impacts des textes qui en sont issus, non seulement du point de vue de la concertation mais aussi du point de vue de l'environnement. L'état des rapports de forces entre les acteurs et intérêts en

présence, semble tendre «naturellement» dans les cas que nous avons étudiés, vers une régression, dans le cadre du processus d'élaboration réglementaire, par rapport aux objectifs et intention fixés dans la loi. Seules les garanties offertes par le jeu combiné des possibilités contentieuse, et de la mobilisation des acteurs associatifs, permet de corriger partiellement cette tendance. Le début de publicisation, du fait du nouveau dispositif, de ces phénomènes de capture de l'administration par les intérêts qu'elle doit réguler constitue sans doute un des moyens de les atténuer.

Notre analyse de l'expérience tant des Etats-Unis que de l'Union Européenne montre ici tout l'intérêt d'une analyse comparative, et la présente recherche a posé les bases d'un travail de repérage des bonnes pratiques en la matière. Les effets du *Notice and Comment* sur les possibilités et les formes du recours contentieux illustrent bien l'intérêt d'un suivi du fonctionnement du dispositif en France, en lien avec une analyse de la jurisprudence. L'expérience des Etats-Unis est ainsi éclairante et précieuse en ce qu'elle renseigne sur un certain nombre d'écueils et d'effets pervers qu'il est possible d'éviter. De même, la pratique au sein des institutions de l'Union Européenne est riche d'enseignement, et peut-être d'espoir d'évolutions en ce qui concerne la France. En effet, alors qu'au départ la consultation était considérée comme une simple formalité procédurale, le recours à la consultation semble être assez rapidement devenu presque un «réflexe naturel», grâce notamment à une stratégie de sensibilisation. Rien n'interdit de penser qu'une acculturation fructueuse semblable est possible au sein du processus d'élaboration réglementaire français, pour peu qu'une véritable stratégie en ce sens soit mise en œuvre, sur la base notamment du présent travail et de ses prolongements.

Bien que la démocratie participative soit considérée comme un enrichissement de la démocratie représentative, aucune pratique n'a pu encore être mise en place de façon structurée et avec l'accord des élus et de l'administration. L'environnement apparaît à cet égard comme jouant un rôle pionnier précédant une extension prochaine à d'autres champs d'action politique bien au-delà du seul secteur de l'environnement. Mais dès que le principe d'instaurer une participation *ad hoc* pour l'environnement est acquis, se posent des questions à la fois pratiques et théoriques concernant l'usage nouveau d'une démocratie électronique.

Démocratie participative, démocratie administrative et démocratie électronique deviennent alors inséparables. Dans une phase encore expérimentale et de ce fait balbutiante, le regard scientifique conjugué des juristes, des sociologues et des politistes devrait permettre

de mieux répondre à la fois aux obligations juridiques qui s'imposent à court terme à l'administration et aux nouvelles offres de citoyenneté participative. Un dialogue fructueux pourrait sans doute également être engagé avec le courant de recherche en sciences de la communication qui s'intéresse aux mutations des formes de participation liées à l'usage d'internet¹⁸⁶.

Cette nouvelle citoyenneté non électorale ou ce nouveau pacte citoyen, avec ses exigences de temporalité extrêmement rapide et répétitive, s'offre brutalement aux parties prenantes mal préparées à l'exercice de cette nouvelle responsabilité. Les citoyens toujours méfiants face à des jeux opaques de négociations de la norme risquent d'être à la recherche d'un partage du pouvoir encore illusoire mais peut être en marche. Un montage de la participation non fondé fermement au plan social, politique et juridique risque de décourager les citoyens et les fonctionnaires responsables de la préparation des textes réglementaires.

La réforme a été entreprise sans avoir été véritablement voulue, ne doit donc pas être réduite à « une formalité de plus » ou à un « simple effet de mode » pour conjurer. Elle est porteuse d'un effet de dévoilement du mode de fonctionnement du processus d'élaboration des actes réglementaires nationaux, et la manière dont il fait intervenir, de façon encore sélective, inégale et pas toujours transparente, une diversité d'acteurs privés. Elle pourrait donc conduire à faire évoluer ce fonctionnement dans un sens, si ce n'est plus égalitaire, tout au moins plus transparent.

Au-delà de ces deux premières années qui marquent une première avancée dont on a largement souligné le caractère tâtonnant, on sent bien que la réforme entreprise en 2010 et remaniée en 2012 aura des effets en profondeur sur les rapports complexes entre l'Etat, ses différentes institutions, ses administrés et l'ensemble des acteurs privés de l'action publique.

Dans les pages qui suivent sont présentées nos préconisations. Celles-ci se fondent sur l'état du droit existant au moment où se discute au Parlement le projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'art. 7 de la Charte de l'environnement déposé au Sénat selon la procédure accélérée le 3 octobre 2012 (n° 7), adopté par le Sénat le 6 novembre 2012.

¹⁸⁶ Voir Stéphanie Wojcik, « Prendre au sérieux la démocratie électronique. De quelques enjeux de la participation politique en ligne. » in Forey, E. Geslot C. (dir.) *La démocratie électronique*, Paris : L'Harmattan (disponible sur http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/19/37/PDF/DEF_Wojcik_texte_BesanA_on_12.04.11_-_Copie.pdf); Laurence

Ces fondements juridiques sont renforcés par des décisions politiques récentes telles que la charte de déontologie des membres du gouvernement J.M. Ayrault du 17 mai 2012 au titre de la concertation et de la transparence sur les projets de texte et la feuille de route sur la transition écologique de septembre 2012 annonçant une participation effective du public.

II. Préconisations

A. Au plan formel on réitérera la nécessité à la fois d'élaborer une nouvelle loi et de la faire suivre impérativement d'un décret d'application

- a. Nos conclusions, avant même la sortie d'un projet de loi sur la participation du public en matière d'environnement publié sur internet le mardi 11 septembre 2012, étaient bien de réécrire l'art. 244 de la loi Grenelle 2. On a vu les conditions bâclées de son élaboration qui font que son contenu ne répond ni aux exigences de la Constitution et du droit international, ni aux souhaits des publics. La nouvelle loi devrait donc viser à la fois l'art 7 de la Charte constitutionnelle de l'environnement et l'art. 8 de la Convention d'Aarhus. La contribution de l'équipe de recherche à la consultation électronique sur le projet de loi peut être ici reprise dans son intégralité, complétée par la contribution individuelle de Michel Prieur¹⁸⁷.
- b. L'art. 244 de la loi 2010 prévoyait un décret d'application. L'administration confortée en cela par le Conseil d'Etat de façon informelle, a décidé de ne pas faire suivre l'art. 244 d'un décret d'application. Ce refus, compréhensible à l'époque pour des raisons pratiques, compte tenu du flot de décrets à préparer pour mettre en œuvre les lois Grenelle, s'avère aujourd'hui une erreur. De sérieux arguments juridiques militent en faveur d'un décret d'application sur la base de la jurisprudence existante en la matière. Il est certain que même si le Parlement tient sa compétence de l'art. 7 de la

Monnoyer-Smith, « La participation en ligne, révélateur d'une évolution des pratiques politiques ? », *Participations*, 2011, n°1, pp. 156-185.

¹⁸⁷ Cf. tome 2, annexes 2.4.1 et 2.4.2.

Charte qui renvoie au législateur le soin de définir les conditions et limites de la participation, le pouvoir réglementaire reste compétent pour compléter et préciser les dispositions de la loi comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 « ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur ». Il est étrange que le projet de loi déposé le 3 octobre 2012 ne comporte aucun article renvoyant à un décret d'application alors que l'étude d'impact qui accompagne ce projet de loi fait état de cette décision de conseil constitutionnel.

En effet pour rendre effective la réforme entreprise il est indispensable qu'elle soit crédible et donc qu'elle contienne des détails suffisants pour son application concrète. Au plan juridique le fait que l'art. 7 de la Charte renvoie à une loi, n'empêche nullement le pouvoir réglementaire de jouer son rôle. La loi n'est compétente que pour énoncer les conditions et les limites de la participation. La compétence de la loi doit de plus respecter l'art. 34 de la Constitution qui en matière d'environnement, depuis 2005, ne donne pas compétence au Parlement pour fixer « les règles », mais seulement « les principes fondamentaux ». Ce qui concerne les règles et les modalités pratiques du déroulement de la participation continuent donc relever du pouvoir réglementaire.

C'est ainsi qu'un décret d'application de la future loi, qui devrait bien sûr être soumis à participation du public préalablement à sa signature, devrait comporter des réponses précises sur les points suivants qui ne sont pas exhaustifs :

- i. imposer la publication d'un programme annuel ou semestriel des projets de textes réglementaires
- ii. organiser la désignation et les pouvoirs du garant de la consultation
- iii. préciser le contenu de la note de présentation
- iv. prévoir un accusé de réception électronique des commentaires envoyés par le public
- v. organiser la communicabilité et la transparence des observations du public en temps réel

- vi. organiser le phasage des opérations et les délais ad hoc pour chaque consultation
- vii. envisager la possibilité de nouvelle consultation suite au projet de texte amendé par l'auteur du projet
- viii. envisager la possibilité de réunion publique accompagnant ou non la consultation, à la discrétion de l'administration ou sur demande du public
- ix. préciser le contenu de la note explicative accompagnant le texte adopté et publié
- x. prévoir à la fin de la consultation un recours à la CNDP ou auprès du garant en cas de forte divergence entre les observations du public et le projet de texte en vue d'imposer à l'administration la rédaction d'un nouveau projet soumis à consultation
- xi. prévoir la participation des étrangers dans le cadre des décisions réglementaires transfrontalières.

Il est fort probable que l'administration souhaitera élaborer une circulaire inter ministérielle publiée au JO afin d'organiser la responsabilité et le suivi des procédures de participation pour des textes sur l'environnement relevant de plusieurs ministères ou relevant d'un ministère autre que celui de l'environnement.

Au-delà de la nécessité juridique d'accompagner la loi d'un décret d'application, des raisons politiques et pratiques militent également en faveur d'un décret d'application pour rendre vraiment crédible l'ensemble du mécanisme nouveau et complexe de participation du public.

<p>UN DECRET DOIT PRECISER LES MESURES D'APPLICATION DES CONDITIONS ET LIMITES FIXEES PAR LE LEGISLATEUR POUR RENDRE EFFECTIVE LA REFORME.</p>
--

B. Au plan plus substantiel et compte tenu des apports des expériences étrangères et des débats ayant eu lieu au Sénat lors du colloque de restitution le 1^{er} octobre 2012, on peut décliner les préconisations autour de huit exigences

a) Les objectifs de la participation du public

On ne peut laisser dans le vague la finalité de la participation. Même si plusieurs objectifs sont simultanément poursuivis il convient de bien préciser pour quoi et pour qui la participation est ainsi organisée. Cette clarification des objectifs servira de guide aussi bien à l'administration qu'au public.

Pour quoi ?

Les objectifs de la participation devraient être énoncés de façon générale dans la loi. Ils pourront être explicités et détaillés dans le décret et ou la circulaire. Si la participation n'est ni un référendum, ni une consultation, elle doit clairement apparaître comme un instrument d'information (notice) conduisant les personnes intéressées à faire des observations, des critiques, des commentaires ou des suggestions (comment). L'adage romain qui utilise le verbe « tractare » vise tout à la fois l'idée d'étudier et de considérer le projet soumis au public, mais aussi l'idée de le discuter, voire de le délibérer ou de le négocier. Lorsque le Conseil d'Etat dans son rapport de 2011 sur « Consulter autrement et participer effectivement » mentionne l'apparition d'une « administration délibérative » il assimile la participation du public à un type nouveau de délibération non décisive et se rapproche de la démocratie délibérative de Habermas. La participation a également pour fin l'amélioration de la décision en vue d'une meilleure application. L'administration va bénéficier des idées et des informations que le public lui communique et elle va en tirer profit. Enfin au-delà de cet aspect d'amélioration technique de la décision et de ses effets, on doit également mettre en avant la finalité même de la participation en vue d'une amélioration de la protection de l'environnement. Les bénéficiaires de la participation, ceux qui vont en tirer profit, c'est à la fois l'administration et l'environnement lui-même.

Pour qui ?

Les personnes concernées sont au premier chef ceux qui sont directement intéressés (entreprises, ONG d'environnement). Ce sont eux qui seront de fait organisés et mobilisés pour suivre l'activité réglementaire des autorités

publiques. Le public en général, s'il a accès à l'internet sera beaucoup plus rarement intéressé par le sujet traité. Mais sa participation rendue juridiquement possible est une garantie de l'égalité de tous devant la loi et de l'information comme droit pour tous sans avoir à justifier d'un intérêt. Il s'agira essentiellement des nationaux français sans que cela conduise à exclure les étrangers résidents, le concept de « public » n'étant pas réservé aux nationaux. Il convient d'ajouter, dans la perspective des décisions réglementaires transfrontalières, telle que les plans et programmes, les modalités de participation des personnes non résidentes sur le territoire français mais susceptibles de participer aux procédures transfrontalières telle que celles prévues par la Convention d'Espoo, le Protocole de Kiev et dans l'esprit de la Convention de Madrid sur la coopération transfrontalière applicable aux collectivités territoriales.

LA PARTICIPATION A POUR OBJECTIFS :

- SENSIBILISER LE PUBLIC À L'ENVIRONNEMENT,
- AMELIORER L'INFORMATION ENVIRONNEMENTALE,
- FOURNIR A L'ADMINISTRATION DES DONNEES NOUVELLES,
- AMELIORER LA QUALITE DE LA DECISION,
- AMELIORER LE CONTENU DE LA DECISION,
- AMELIORER L'ETAT DE L'ENVIRONNEMENT.

b) Le champ d'application de la procédure de participation

Deux questions doivent être ici abordées : de quel environnement s'agit-il et quelles sont les décisions concernées ?

Quel environnement ?

S'il n'est pas nécessaire de définir précisément « l'environnement » il convient toutefois de se référer à une vision commune de l'environnement telle qu'elle figure dans le code de l'environnement et dans la Charte de l'environnement. Le développement durable devra y être associé en tant qu'instrument d'intégration de l'environnement dans d'autres politiques. Il en résulte que la participation du public n'est pas limitée aux seules décisions des autorités publiques environnementales mais qu'elle peut s'imposer aussi à

d'autres ministères ou autorités telles que l'industrie, l'agriculture, l'urbanisme, la santé publique, le tourisme etc... L'art. 7 de la Charte ne précisant pas le seuil de soumission à la procédure de participation, l'exigence d'une décision environnementale ayant une incidence directe et significative sur l'environnement doit disparaître. C'est ce qu'a admis le projet de loi en discussion. Aussi ce sont toutes les décisions ayant une incidence sur l'environnement qui sont visées. Cette simplification est bien venue, elle réduira les risques de contentieux inutiles sur l'évaluation du degré d'incidence de la future décision.

Quelles décisions ?

La rédaction très large de l'art 7 de la Charte impose au législateur d'imposer la procédure de participation à toutes les autorités administratives tant nationales que régionales et locales. Il en résulte que les actes réglementaires des services de l'Etat central, de ses entités sous tutelle et de l'Etat déconcentré (préfet) sont soumis à la participation. Il en est de même des actes réglementaires des autorités décentralisées de la région, du département, des communes et des regroupements de collectivités territoriales.

<p>LA PARTICIPATION DOIT PORTER SUR L'ELABORATION DE TOUT PROJET DE DECISION PUBLIQUE NATIONALE OU LOCALE AYANT UNE INCIDENCE SUR L'ENVIRONNEMENT</p>

c) **La participation et la consultation**

Il est fondamental de bien dissocier les deux procédures car elles répondent à des objectifs différents. L'obsession de la simplification du droit a conduit le législateur à rendre optionnel le recours à l'une ou à l'autre des deux procédures s'agissant d'actes réglementaires autres que ceux relatifs à l'environnement. En effet l'art. 16 de la loi 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, lorsque la consultation d'une commission consultative est obligatoire, offre à l'autorité administrative le choix entre consulter le public par internet ou consulter la commission consultative. Dans la première hypothèse la commission consultative peut elle-même faire part de ses observations par internet ; cette facilité est

difficilement compatible avec l'idée de simplification, car pour émettre une opinion par internet la commission devra bien se réunir.

L'art. L. 120-1 du code de l'environnement tel qu'issue de l'art. 244 de la loi Grenelle 2 prévoit également une option mais d'une autre nature : soit le projet est publié et ouvert aux observations du public, soit le projet est publié sans que le public puisse faire des observations lorsqu'un organisme consultatif est obligatoirement consulté. Ici la consultation obligatoire d'une commission interdit au public de faire des observations et l'on ne voit pas très bien l'intérêt de la seule publication du projet sinon de donner une information ; mais en excluant dans ce cas la participation, l'administration encourt la censure du Conseil constitutionnel qui considère que la publication sans la participation ne respecte pas l'art. 7 de la Charte.

Il conviendrait de ne pas mettre en concurrence la participation du public et l'avis des organes consultatifs. Ils répondent à des objectifs différents. Participation et consultation sont en réalité complémentaires. Les deux procédures vont servir à éclairer l'administration et à aboutir à une meilleure décision. Les corps constitués expriment le plus souvent des intérêts professionnels et corporatifs légitimes et le public exprime soit des intérêts particuliers soit un intérêt général à travers les ONG. La bonne décision environnementale doit profiter des deux apports relevant pour l'un de l'expertise technique et pour l'autre de l'expertise citoyenne. Il en résulte un approfondissement de la démocratie en ce que nul n'ait pu être privé de la possibilité de « dire son mot ».

C'est pourquoi, lorsque des organes consultatifs existent et doivent être obligatoirement consultés, il est indispensable de recourir aux deux procédures. Reste la question de l'ordre de passage. Les deux hypothèses sont recevables. Si la participation du public a lieu en premier, l'organe consultatif destinataire des observations du public peut mieux orienter son avis en tenant compte des remarques ou suggestions du public. Si l'organe consultatif donne son avis en premier, le public devrait pouvoir prendre connaissance de cet avis ce qui lui permettrait d'orienter ses observations en tenant compte de cet avis. Dans une perspective de démocratie participative, on pourrait légitimement considérer que la deuxième formule devrait l'emporter, car elle donne le dernier mot au plus grand nombre. Les groupes d'intérêts organisés en tout

état de cause s'efforceront toujours d'imposer leur point de vue et pourront agir au niveau de l'une et l'autre des procédures.

LA PARTICIPATION DIRECTE DU PUBLIC NE DOIT PAS ABOUTIR A SUPPRIMER LA CONSULTATION DES CONSEILS ET COMMISSIONS. PARTICIPATION ET CONSULTATION SONT COMPLEMENTAIRES ET CONTRIBUENT DE FACON DIFFERENTE A AMELIORER LA DECISION ET A LA RENDRE MIEUX APPLICABLE ET MIEUX APPLIQUEE

d) La nécessité d'un garant

Compte tenu de la méfiance a priori du public vis-à-vis des initiatives de l'administration et compte tenu de l'innovation considérable qu'introduit la réforme en bouleversant les habitudes des uns et des autres, il apparaît qu'un suivi du déroulement de la participation devrait à la fois rassurer le public et ôter à l'administration le souci d'un dysfonctionnement dans la procédure. On doit distinguer la désignation du garant de son rôle.

La désignation du garant devrait relever d'une autorité indépendante. Il pourrait s'agir en fonction du contenu de chaque projet, soit de la CNDP, soit d'une personnalité ad hoc choisie parmi les retraités sur une liste établie par la CNDP ou par le Défenseur des droits, soit d'un commissaire enquêteur habilité à cet effet et pris sur la liste établie par le Tribunal administratif.

Le rôle du garant devrait consister à prendre connaissance du dossier avant la publication pour évaluer la pertinence de la note de présentation, de suivre le bon déroulement de la procédure, de répondre aux interpellations et questions du public concernant ce déroulement, de prendre connaissance des observations du public et de contrôler la notice explicative rédigée par l'administration prenant en compte les observations du public. Cette dernière mission est certainement la plus délicate. Elle est toutefois indispensable pour limiter les risques de non prise en compte manifeste des observations du public et éviter ainsi des contentieux ultérieurs. Il conviendrait de prévoir dans la loi que le garant puisse s'opposer provisoirement à l'édiction de la norme

pendant une certaine durée au cours de laquelle le garant saisirait en urgence une autorité indépendante, soit la CNDP, soit le Défenseur des droits.

LA CREDIBILITE ET LE SUCCES DE LA REFORME IMPOSENT LA
PRESENCE D'UN GARANT IMPARTIAL ET INDEPENDANT QUI SUIT
TOUTES LES PHASES DE LA PARTICIPATION ET VEILLE A SON BON
DEROULEMENT

e) **Le temps et le régime de la participation**

En ce qui concerne le temps de la participation il faut distinguer le moment de la participation dans le processus de préparation d'un texte et la durée de la participation du public.

Le moment de la participation est une question complexe que le pouvoir réglementaire devrait préciser pour éviter des divergences de pratiques selon les ministères et selon les directions d'un même ministère. Le projet de texte, du moins au niveau national, ne devrait être soumis à participation du public qu'après les réunions interministérielles et avant la transmission au Conseil d'Etat.

La durée de la participation du public devrait être laissée à la discrétion de chaque autorité afin de garantir une certaine souplesse. Toutefois le public bénéficierait d'une plus grande sécurité juridique si une durée uniforme s'imposait pour tous les textes ce qui éviterait après chaque publication d'avoir à rechercher la durée ad hoc. En tout état de cause les durées minimales imposées jusqu'alors sont manifestement insuffisantes même si la pratique conduit à fixer le plus souvent une durée de 4 à 6 semaines. Au vue des expériences des autres pays (2 à 3 mois aux Etats Unis, 3 mois pour l'Union européenne), le minimum devrait être de 60 jours ce qui permettrait au public d'avoir le temps de se documenter, de consulter des experts, de consulter les instances des organismes qui souhaitent participer. Ce délai de 60 jours serait aussi un signal fort que la participation n'est pas une simple formalité et qu'elle est prise au sérieux par ceux qui la sollicitent. Même si le délai réel est plus de 15 jours actuellement (sauf la consultation sur le projet de loi relatif à la participation du 11 septembre 2012 qui a duré 14 jours...) il est important, pour restaurer la confiance et crédibiliser la nouvelle procédure, de délibérément afficher une durée minimum assez longue qui pourrait être de fait

la durée réelle, quitte à la prolonger exceptionnellement pour certains projets de textes.

Le régime de la participation : les documents publiés doivent rendre compte de la totalité du projet et devraient être accompagnée de tous rapports ou études dont l'administration a fait usage pour préparer son projet de texte. La transparence du processus doit être totale pour être crédible et ce dès le début du processus. La publication uniquement par internet est préjudiciable à l'universalité de la participation. Aussi comme le fait l'Union européenne la publication du projet devrait se faire également au Journal officiel. Au plan local une annonce dans les journaux locaux et un affichage dans des lieux dédiés devrait être prévue dans le décret d'application. Les observations du public devraient pouvoir être faites par internet, mais aussi par voie de courrier postal pour garantir l'égalité du droit de participer. Les observations anonymes devraient être possibles, dans une conception plénière de la notion du « lanceur d'alerte ». Les contributions estimées hors propos (purements idéologiques, injurieuses, extravagantes, etc...) ne seraient pas accessibles directement pour le public, mais versées à un dossier consultable sur demande et sur place.

LA PARTICIPATION DOIT AVOIR LIEU TANT QUE LES OPTIONS SONT ENCORE OUVERTES. SA DUREE NE PEUT ÊTRE INFÉRIEURE A DEUX MOIS POUR ÊTRE PRISE AU SÉRIEUX. LE PUBLIC DOIT POUVOIR PARTICIPER PAR INTERNET OU PAR VOIE POSTALE

f) La transparence

La participation étant à la fois une aide à la décision et un acte citoyen visant à contribuer à l'élaboration de la norme, tout le processus d'élaboration du texte doit répondre aux exigences de la transparence et de la bonne foi. C'est une condition de la légalité et de la légitimité du processus. La transparence doit intervenir à toutes les phases de la participation : au niveau du contenu de la publication, au niveau de la transmission des observations du public, au niveau de l'exploitation de ces observations et au niveau de la décision finale. Pour cela, selon la pratique américaine, un dossier dédié doit être ouvert et rendu accessible au public à tout moment. Ceci veut dire notamment que les

observations du public doivent être accessibles à tous en ligne dès leur transmission et non pas seulement lorsque la décision est prise. Doivent également figurer (le cas échéant au simple titre d'une mention) dans le dossier dédié les échanges de toute forme entre Administration et public qui auraient eu lieu hors de la procédure de participation, comme cela se fait aux Etats Unis.

La transparence de l'ensemble du processus à toutes ses phases devrait de fait contribuer à réduire le poids des lobbys soumis comme les autres, aux nouvelles règles. On ne peut toutefois négliger le risque de voir les lobbys boycotter cette nouvelle forme de participation considérée comme trop « populaire » au profit des seuls contacts officieux. Ce risque doit être impérativement contourné en imposant juridiquement à l'administration de faire état dans le dossier de tous les contacts intervenus lors du processus d'élaboration du projet de texte. Faute d'une telle exigence, la consultation via l'internet sera rapidement dévalorisée et considérée par le public comme une simple mascarade.

LA PARTICIPATION DOIT ETRE TRANSPARENTE TOUT AU LONG
DU PROCESSUS. ELLE DOIT REPOSER SUR UN DOSSIER
REGROUPANT TOUS LES DOCUMENTS ET OBSERVATIONS
ACCESSIBLES A TOUS A TOUT MOMENT

g) La prise en compte des observations du public

Cette exigence doit être précisément énoncée dans la loi conformément à l'art. 8 de la Convention d'Aarhus. Elle est de plus au plan psychologique une des conditions du succès ou de l'échec de la participation car elle révèle ou non le sérieux et l'utilité réelle du processus de participation du public. Deux questions doivent être envisagées ici : qui fait le bilan des observations du public et comment la prise en compte de ces observations est intégrée dans la décision finale ?

Le bilan des observations du public est un travail important qui s'impose à l'autorité compétente. Selon le nombre des observations, ce travail peut être considérable. L'administration doit impérativement le prendre en compte dans la répartition des tâches afin d'affecter des personnes à ce travail. Si une certaine

souplesse est nécessaire compte tenu de la très grande variété des textes soumis à participation, il convient de poser un minimum de règles pour guider l'administration dans cette tâche. Ce pourrait être l'objet du décret et / ou de la circulaire interministérielle. À titre exceptionnels le recours à un sous-traitant n'est pas à exclure s'il présente toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité. On peut aussi envisager que le garant soit chargé de superviser cette tâche au même titre que le commissaire enquêteur chargé de faire un rapport sur les résultats de l'enquête. Une certaine méthodologie devrait en tout état de cause être élaborée pour établir un format adapté de ce bilan des observations du public.

La prise en compte dans la décision finale ne devrait relever que de l'autorité compétente pour approuver cette décision. Le contenu de la notice explicative accompagnant le texte adopté doit être rigoureusement établi par le décret d'application. Il s'agit de combiner la motivation de l'acte avec les éléments pris en considération par l'autorité administrative. Cette notice qui jouera un rôle important pour légitimer la participation du public et son sérieux, devrait faire l'objet d'une attention particulière et d'une méthodologie adaptée. Son volume devrait être, par application du principe de proportionnalité, en relation avec l'importance du texte et avec la variété et le nombre des observations transmises à l'administration.

LA PRISE EN COMPTE DES OBSERVATIONS DU PUBLIC IMPOSE, SOUS LE CONTROLE DU GARANT, UNE ANALYSE SYSTEMATIQUE DE SES COMMENTAIRES ET SUGGESTIONS, ET UNE NOTICE EXPLICATIVE MOTIVEE ACCOMPAGNANT LA DECISION FINALE

h) Les moyens mis en œuvre et les aspects opérationnels

La réforme entreprise va radicalement modifier les habitudes de travail des services chargés de préparer les réglementations.

Moyens humains : selon les ministères et les directions qui n'ont pas toutes la même production juridique, un minimum de réorganisation des services s'impose. La mise en place et le suivi de la participation devrait relever des services juridiques compétents. Une cellule juridique spéciale devrait être mise en place au niveau du ministère de l'environnement pour éviter les initiatives de certaines

directions qui conduiraient à des incohérences et disparités dans la mise en œuvre de la réforme constitutives de rupture d'égalité. Cela implique une sérieuse coordination et harmonisation entre les services. Une réunion régulière des personnes chargées de la mise en œuvre de la réforme permettrait de mettre en lumière les « bonnes pratiques ». Si se perpétuait le manque de coordination relevé depuis 2009, cela risquerait de contribuer à un désintérêt du public désorienté par des textes et des pratiques variant selon les sujets traités.

LES MOYENS FINANCIERS ET HUMAINS MIS AU SERVICE DE LA
PARTICIPATION DU PUBLIC SERONT UN INDICATEUR ESSENTIEL DU
SÉRIEUX ET DU SUCCÈS DE LA RÉFORME

Moyens techniques : le portail du ministère devrait être unique. Il devrait regrouper en un seul site, non seulement les projets du ministère de l'environnement mais aussi les projets des autres ministères et ceux des entités publiques ou privées rentrant dans le champ d'application de la réforme. Un système d'alerte déjà mis en place devrait être généralisé auprès des principaux acteurs concernés par l'environnement. Toute personne publique ou privée intéressée devrait pouvoir solliciter de figurer sur la liste des personnes bénéficiant du système d'alerte. Au niveau local les sites des diverses autorités territoriales devraient contenir les informations nécessaires, mais l'ensemble des publications et appels à observations des autorités locales tant décentralisées que déconcentrées devrait impérativement faire l'objet d'un renvoi dans une partie spéciale du portail national afin de disposer d'une annonce centralisée.

L'annonce des projets de texte devrait être effectuée par la voie écrite du JO parallèlement à l'annonce par l'internet. Le public devrait pouvoir faire ses observations soit par internet, soit par la voie postale.

L'ACCÈS À LA PARTICIPATION NE DOIT PAS ÊTRE EXCLUSIVEMENT
VIA L'INTERNET ; L'ENSEMBLE DES ANNONCES NATIONALES ET
LOCALES DEVRAIENT ÊTRE ACCESSIBLES SUR UN PORTAIL UNIQUE

Suivi de la participation : il s'agit de conserver les données pour chaque consultation et d'établir un modèle de recensement des dossiers aboutis faisant apparaître le dossier dans son intégralité. Le texte final devrait être joint avec la notice explicative de prise en considération. Une présentation statistique des résultats de la participation serait aussi bien venue et tirée du bilan de la participation faisant apparaître, outre les observations, le nombre des participants et leur origine, comme cela figure dans le site Suisse de participation. L'analyse devrait être non seulement quantitative mais aussi qualitative.

Parallèlement au suivi interne de la participation, un suivi externe devrait être entrepris, du moins les premières années. Un observatoire pluridisciplinaire (droit, science politique et sociologie) de la participation devrait être mis en place pour analyser les modalités pratiques de la participation, les effets réels de la participation sur le contenu et sur la qualité de la décision, les problèmes rencontrés, les perspectives d'évolution et d'extension de la participation à d'autres secteurs que l'environnement. Cet observatoire national serait chargé de l'évaluation de la participation concernant non seulement l'ensemble des décisions nationales mais également celles des collectivités territoriales en procédant pour ces dernières à des enquêtes selon des échantillons représentatifs de ces collectivités territoriales.

UN ETAT REGULIER DU DEROULEMENT PASSE DE LA PARTICIPATION
DEVRAIT ETRE EFFECTUEE EN TEMPS REEL ; UN OBSERVATOIRE DE
LA PARTICPATION EVALUERA SON FONCTIONNEMENT EN VUE DE
SON ADAPATATION AUX BESOINS DE L'ADMINISTRATION ET DES
PUBLICS

Formation : compte tenu de l'innovation de la procédure de participation, ni l'administration, ni le public ni les professionnels, ni les ONG ne sont préparés à un tel exercice collectif. Aussi est-il urgent de créer un diplôme interuniversitaire à cet effet au titre de la formation continue¹⁸⁸. L'université de Limoges et les établissements participants à la recherche pourraient s'associer à d'autres

¹⁸⁸ Cf. tome 2, annexe 1.12.

partenaires intéressés par une telle formation pluridisciplinaire (droit, science politique, sociologie) afin de :

- présenter le cadre général juridique et politique de la procédure de participation et ses origines
- présenter les expériences étrangères notamment des Etats-Unis et de la Suisse
- préciser la méthodologie applicable à l'administration, aux acteurs concernés, au grand public
- partager les expériences des divers acteurs administratifs et privés
- faire le bilan des participations intervenues depuis 2009
- analyser la sociologie des participants et les effets de la participation sur la qualité de la décision.

UNE FORMATION CONTINUE VIA UN DIPLOME INTERUNIVERSITAIRE
ET PLURIDISCIPLINAIRE DOIT ETRE RAPIDEMENT MISE EN PLACE
POUR AIDER LE PUBLIC ET L'ADMINISTRATION A RENDRE EFFECTIVE
LA REFORME AFIN D'ATTEINDRE L'ENSEMBLE DES OBJECTIFS
POURSUIVIS

Information: Jusqu'alors le grand public est ignorant de la réforme et de ses enjeux. Les administrations et les élus locaux également pour la grande majorité. Aussi le gouvernement devrait entreprendre une campagne publique d'information et d'explication de la nouvelle procédure pour inviter l'ensemble des citoyens à participer à l'élaboration des textes et rendre ainsi effectif le principe contenu dans l'art. 7 de la Charte constitutionnelle.

LES PUBLICS DOIVENT ETRE SENSIBILISES ET INFORMES DE LA
REFORME ET DE SON UTILITE

VALORISATION DE LA RECHERCHE

L'équipe de recherche a eu le souci permanent de valoriser ses travaux sous des formes multiples, tant académiques qu'à visée plus opérationnelle :

I. Journée d'information : 31 janvier 2011

A la suite de l'adoption de l'art. 244 par la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010, le CRIDEAU-OMIJ de l'université de Limoges avec le concours de la Société française pour le droit de l'environnement (SFDE) ont organisé à Limoges une journée d'information pour expliquer le contenu et les enjeux de la réforme (voir programme annexe 2.1.1). Une table ronde a permis aux acteurs concernés par la réforme de faire valoir leur point de vue en regroupant des représentants du MEDEF, des ONG, du Conseil d'Etat, des élus locaux. Les communications ont été retranscrites (annexe 2.3.1)

II. Séminaire : 3 octobre 2011

Un séminaire de droit comparé a eu lieu à Limoges afin de présenter la réforme française et de la confronter à l'expérience des Etats-Unis pionnière en la matière et à l'expérience débutante de l'Argentine. L'intervenant argentin était Maria Valeria Berros qui a mis en avant les difficultés propres à l'Argentine. La longue pratique américaine a été présentée au plan théorique par le professeur Lee Paddock de la Georges Washington University Law School (doyen associé chargé du droit de l'environnement) et au plan de l'application pratique par Sandra Nichols, avocate, directrice adjointe de la formation juridique à l'Environmental Law Institute de Washington. Enfin les premiers résultats des enquêtes de terrain menée par l'équipe des sociologues de Bordeaux du projet CDE ont été présentés par Caroline Loeuillet. (Voir programme et compte rendu annexe 2.1.2 et 2.1.3)

III. Séminaire sur les préconisations en vue d'améliorer l'art. 244 : 7 septembre 2012

Afin de tester les premiers résultats de la recherche et de débattre avec les parties prenantes des préconisations, le groupe de recherche CDE a organisé à Paris un séminaire

qui a regroupé des chercheurs extérieurs au projet (les professeurs J. Chevallier et JB Auby), des représentants du ministère chargé du développement durable, de la Commission Nationale du Débat Public (CNDP), du Conseil Économique, Social et Environnemental et de France Nature Environnement (FNE). Une présentation des travaux est disponible (annexe 2.1.5)

IV. Colloque de restitution de la recherche : 1er octobre 2012

L'équipe du CDE a organisé un colloque ouvert à tous dans les locaux du Sénat à Paris à fin de présenter la recherche et ses résultats avec la participation des experts étrangers qui ont présenté leur système national (Cf. programme, tome 2, annexe 2.1.6). Des débats et échanges ont permis à l'équipe de finaliser leurs préconisations lors d'une réunion de bilan le 29 octobre à Paris. L'enregistrement de ces débats sera accessible en version audio sur le site du cidce.org, ainsi qu'une retranscription intégrale du colloque. Environ 150 personnes ont assisté et pour certaines participé au colloque.

V. Publications et communications

Lors de la recherche les publications suivantes ont été réalisées :

- Gérard Monédiaire, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires et de ses établissements publics en matière d'environnement : la nécessité d'une loi Grenelle III ? », dans la Revue juridique de l'environnement, n° spécial 2010,
- Gérard Monédiaire, "La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires en matière d'environnement", in Complément territorial/Code général des collectivités territoriales, numéro spécial Grenelle II « Quels impacts pour les collectivités territoriales? », Editions du Moniteur, hors série décembre 2010,
- Michel Prieur, Le Droit de l'environnement, Dalloz, collection Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2011.
- Cécile Blatrix, « Participatory democracy and new forms of political clientelism in France », Forum de l'International Sociological Association (ISA), Buenos Aires, Session "Participatory institutions, political clientelism, and democratization within the State", coord. Felix Lopez, 3 août 2012.

- Cécile Blatrix, « Rulemaking and public participation in France », Présentation de la recherche devant l'équipe de l'Administrative Conference of the United States, Washington DC, Etats-Unis, le 7 décembre 2012.
- Cécile Blatrix, « Notice and Comment et participation à l'élaboration des textes réglementaires nationaux », entrée dans le Dictionnaire en ligne de la participation.

VI. Participation de l'équipe de recherche à l'élaboration du projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Dès que le gouvernement a mis sur internet le projet de loi le 11 septembre 2012 jusqu'au 24 septembre 2012 l'équipe de recherche a formulé en commun un certain nombre d'observations adressées au Ministère. (Voir l'avis collectif annexe 2.4.1). De plus le professeur Prieur a adressé un complément d'avis sur ce projet de loi faute de temps disponible pour se concerter avec ses collègues (annexe 2.4.2).

Lors de l'examen de ce projet de loi au Parlement des membres de l'équipe de recherche, en particulier Gérard Monédiaire, Michel Prieur et Cécile Blatrix ont adressé à des députés et à des sénateurs plusieurs propositions d'amendements résultant des préconisations issues de la recherche CDE. Le 29 octobre 2012 Cécile Blatrix et Michel Prieur ont eu un entretien à ce sujet avec un sénateur au Palais du Luxembourg. Gérard Monédiaire a été contacté par un député à l'Assemblée Nationale (M. PANCHER) et par les assistants parlementaires des deux députés désireux de mettre au point des amendements.

On notera que les rapporteurs de l'Assemblée Nationale et du Sénat n'ont pas jugé utile d'auditionner les chercheurs de l'équipe.

VII. Contribution à la formation de futurs cadres en matière d'environnement

Le dispositif mis en place par l'article 244 de la loi Grenelle 2 a fait l'objet d'enseignements et d'exercices pratiques dans plusieurs formations au sein desquelles interviennent les membres de l'équipe : aussi bien à l'Université de Limoges et de Bordeaux 2, qu'au sein des formations d'AgroParisTech (spécialisation de 3ème année du

curus ingénieur Science Politique, Ecologie et Stratégie », ou encore au sein du Mastère Spécialisé Politique et Action Publique en matière de Développement durable (formation des nouveaux Ingénieurs des Ponts, Eaux et Forêts - IPEF).

VIII. Projet d'un diplôme d'université

Compte tenu de la nouveauté du mécanisme de participation mis en place en 2010 et étendu en 2012, l'équipe de recherche considère que les divers acteurs concernés ont besoin d'une formation continue adaptée. Cela concerne pour l'essentiel les administrations, les entreprises et les ONG. C'est pourquoi a été formulé un projet de diplôme interuniversitaire à la négociation et à la participation en matière d'environnement (annexe 1.13). Celui-ci a été profilé.

IX. Projet d'Observatoire et de suivi de la mise en œuvre de la réforme

Dans le chapitre 9 sur les préconisations figure la proposition d'instituer rapidement un observatoire de la participation pour faciliter le suivi de la mise en application concrète de la réforme. L'équipe de recherche du CDE est particulièrement bien placée pour ce faire ; compte tenu de son expertise en la matière et afin de prolonger les interviews et enquêtes déjà réalisées et dont il est rendu compte dans le rapport.

La nécessité d'un tel Observatoire est renforcée suite au texte de la commission mixte paritaire adopté par le Sénat le 5 décembre 2012. En effet il s'agit :

- de mettre en application la nouvelle loi dès le 1er janvier 2013 et d'évaluer son éventuelle adaptation
- de préparer et suivre la période d'expérimentation qui débutera le 1er avril 2013 pour une durée de 18 mois compte tenu du décret prévu à cet effet
- de préparer le projet d'ordonnance avant le 1er septembre 2013
- de préparer le projet de décret qui doit préciser les conditions dans lesquelles les projets de textes et de décisions devront être mis à la disposition du public sur demande sur papier dans les préfetures et sous préfetures.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	3
REMERCIEMENTS	4
RÉSUMÉ.....	5
INTRODUCTION.....	6
I. Un déroulement de la recherche dans le feu de l'action	6
II. Pourquoi organiser la participation du public ?	8
III. La participation du public en France, dans l'Union européenne et à l'étranger : exigence démocratique, nécessité juridique	10
CHAPITRE 1 : UN ENFANT NON DÉSIRÉ	13
GENÈSES DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI « GRENELLE 2 »	
I. Les naissances de l'article 244 : entre récits d'acteurs et hypothèses invalidées.....	19
A. Le résultat d'un transfert ?	20
B. L'article 244 ne résulte pas du processus Grenelle	22
II. Chronique d'une naissance imprévue	24
A. Solution cherche problème.....	25
B. Le principe de participation dans la Charte de l'Environnement : une rédaction sans précaution.....	27
C. Des lois, des rapports et des hommes.....	32
CONCLUSION : RETOUR DU POLITIQUE	35
BIBLIOGRAPHIE	38
CHAPITRE 2 : LES ERREMENTS DANS LA FABRIQUE DU DROIT	42
INTRODUCTION.....	42
I. Le champ d'application : l'incertitude	45
A. Les actes concernés	45
B. Les organes concernés par l'article L.120-1	47
C. L'exigence d'une « incidence directe et significative » sur l'environnement.....	50
D. Les dispenses de mise à la participation de l'article L.120.2.....	52
II. Le régime : la promptitude	56
A. Les deux procédures de l'article L.120-1	56
B. Les délais.....	58
C. Les périodes.....	62
III. Un « climat » juridique favorable ?.....	63
A. La duplication du « système » de l'article 244 dans le domaine de la pêche maritime (article L. 914-3 du Code rural et de la pêche maritime)	63
B. L'article 16 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.....	65
C. Quatre contentieux constitutionnels : entre satisfaction, interrogations et conséquences législatives.....	68
a) Une décision portant sur des textes antérieurs à la promulgation de la loi ENE .	68
b) Trois décisions postérieures à la promulgation de la loi ENE 2010 et de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit de 2011	70
c) Une réaction administrative inspirée par l'urgence ?.....	72
D. Le rapport public 2011 du Conseil d'État	74
CONCLUSION	84
BIBLIOGRAPHIE	86

CHAPITRE 3 : LE DROIT DES AUTRES. LA RÉCEPTION DE L'ARTICLE 244 PAR LES CITOYENS ET LES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.....	88
I. Où est le piège ? Appréciations de la dimension symbolique de l'article 244.....	89
A. Méfiance absolue.....	89
B. Inventaire des vertus et scepticisme diffus.....	92
II. Un texte qui ne dit pas tout. Appréciations de la dimension matérielle de l'article 244..	96
A. Accessibilité et intelligibilité du texte.....	96
B. L'examen des modalités de participation au concret.....	99
1) La voie électronique : nécessaire, mais est-ce suffisant ?.....	99
2) Le délai minimal de 15 jours : trop court.....	101
3) Le devenir trop incertain des contributions.....	103
C. Participation sans délibération.....	107
III. Un droit de plus, mais pour qui au juste ?.....	110
A. Pendant la consultation, lobbying et mobilisations continueront.....	111
B. Quelle place pour le public ?.....	117
CONCLUSION.....	119
BIBLIOGRAPHIE.....	120

CHAPITRE 4 : UNE PUBLICISATION DE LA PRIVATISATION DU PROCESSUS DE PRODUCTION RÉGLEMENTAIRE MISE EN ŒUVRE ET EFFETS DE L'ARTICLE 244 DE LA LOI GRENELLE 2.....	121
INTRODUCTION.....	121
I. Acteurs privés, action publique : la position structurellement dominée de l'administration de l'environnement.....	124
II. L'appropriation progressive d'une nouvelle offre de participation.....	130
III. Le processus d'élaboration des règlements comme jeu de (de) construction.....	140
A. Non mise en ligne de décrets entrant dans le champ d'application du texte.....	141
B. Des consultations sans public : L'exemple du décret « hélicoptère ».....	145
C. Des consultations avec public : des luttes contre un « dépeçage » du Grenelle.....	146
CONCLUSION.....	156
BIBLIOGRAPHIE.....	158

CHAPITRE 5 : LA PRATIQUE BIEN INSTALLÉE DE L'UNION EUROPÉENNE.....	160
I. Les fondements de la politique de consultation du public : une absence persistante de juridicisation.....	161
II. La procédure de consultation du public : entre décentralisation et harmonisation.....	164
A. Le « temps » de la participation.....	165
B. Les instruments de la participation.....	166
C. Le retour d'information.....	168
III. Le fonctionnement administratif de la politique de consultation.....	169
IV. Une typologie des participants aux consultations publiques.....	170
CONCLUSION.....	171
BIBLIOGRAPHIE.....	172

CHAPITRE 6 : « NOTICE AND COMMENT » AMÉRICAIN : UNE PROCÉDURE ORDINAIRE.....	173
I. Les modalités procédurales de la participation dans le cadre de « notice and comment »	176
A. Les exemptions au régime de « notice and comment ».....	176
B. Étapes de la procédure.....	177
II. Les justifications de « notice and comment »	185
1) Une gouvernance plus démocratique	186
2) Une exigence instrumentale et de fond	187
III. Les effets de la participation	187
1) La participation améliore la qualité de la décision.....	188
2) Tous les effets de la participation ne sont pas nécessairement atteints simultanément	189
3) La participation et ses effets sur le contentieux	190
4) La participation peut produire des effets pervers	190
IV - Les moteurs de la participation du public	193
1) Les publics.....	193
2) L'administration	194
3) La science	195
4) L'internet.....	196
V. Le contrôle juridictionnel	199
CONCLUSION: les propositions d'amélioration de « notice and comment »	201
BIBLIOGRAPHIE	206

CHAPITRE 7 : UNE PARTICIPATION DU PUBLIC INÉGALEMENT RÉPANDUE : ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ	212
I. Les sources de la participation	215
II. Initiative citoyenne et programme d'action gouvernementale	216
III. Champ d'application	217
IV. Déroulement de la procédure	219
V. Évaluation des commentaires et décision finale	222
VI. Bilan et perspectives	224
CONCLUSION	229
I. Principaux résultats	229
II. Préconisations.....	233
A. Au plan formel on réitérera la nécessité à la fois d'élaborer une nouvelle loi et de la faire suivre impérativement d'un décret d'application	233
B. Au plan plus substantiel et compte tenu des apports des expériences étrangères et des débats ayant eu lieu au Sénat lors du colloque de restitution le 1 ^{er} octobre 2012, on peut décliner les préconisations autour de huit exigences	236
a) Les objectifs de la participation du public	236
b) Le champ d'application de la procédure de participation	237
c) La participation et la consultation	238
d) La nécessité d'un garant.....	240
e) Le temps et le régime de la participation	241
f) La transparence	242
g) La prise en compte des observations du public.....	243
h) Les moyens mis en œuvre et les aspects opérationnels.....	244

VALORISATION DE LA RECHERCHE.....	248
I. Journée d'information : 31 janvier 2011	248
II. Séminaire : 3 octobre 2011.....	248
III. Séminaire sur les préconisations en vue d'améliorer l'art. 244 : 7 septembre 2012.....	248
IV. Colloque de restitution de la recherche : 1er octobre 2012.....	249
V. Publications et communications.....	249
VI. Participation de l'équipe de recherche à l'élaboration du projet de loi relatif à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.	250
VII. Contribution à la formation de futurs cadres en matière d'environnement	250
VIII. Projet d'un diplôme d'université.....	251
IX. Projet d'Observatoire et de suivi de la mise en œuvre de la réforme	251
TABLE DES MATIÈRES.....	252