

Programme CDE - APR 2008/2009

Éléments de complément pour le rapport intermédiaire d'activité

Date remise : 18 juillet 2011

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 24

gerard.monediaire@unilim.fr

Date d'engagement subvention MEDDTL : 14 OCTOBRE 2009

Montant du budget :

**117 170 € pour le CRIDEAU-OMIJ (Centre Emile Durkheim, CERAL) : convention
0006425**

58 087 € pour le CIDCE : convention 0006426

Total : 175257 €

Cofinancements obtenus :

Participants au projet :

CRIDEAU-OMIJ, Coordonnateur

Centre Emile Durkheim - Université Bordeaux 2

CERAL - Université Paris 13

CIDCE

I- RAPPEL DE L'AVIS DU CONSEIL SCIENTIFIQUE DU VENDREDI 24 JUIN 2011

Le Conseil Scientifique, qui a rendu un avis favorable, indique que le rapport rendu le 13 avril 2011 relève plus d'un simple point d'avancement que d'un véritable rapport intermédiaire. Le CS approuve la réorientation du projet tel que posé par l'équipe. Il précise qu'il faudra suivre la faisabilité des différents volets du projet.

Il est souhaité, au-delà de ce point d'avancement, une présentation d'ici la mi-juillet, d'une quinzaine de pages sur la méthode d'entretien suivie et sur les premiers résultats déjà obtenus en France ou dans les autres pays étudiés.

II- COMPLEMENTS SUITE AUX REMARQUES DU CS

• A) Aspects méthodologiques

En annexe 1 du rapport intermédiaire figurait les guides d'entretiens établis par le CERAL et la LAPSAC pour le recueil d'informations auprès des acteurs. Des ajouts concernant la méthode d'entretien suivie, en particuliers sur le volet 2, entretiens individuels et 3, entretiens collectifs, ont été opérés par Sandrine Rui /Centre Emile Durkheim ci-après.

VOLET 2 – ENTRETIENS INDIVIDUELS

Remarques de méthode

Les possibilités ouvertes désormais par l'article 244 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle 2 ») nous ont conduit à réorienter le projet de recherche CDE. Cela a une incidence sur ce volet 2.

En France, les entretiens individuels visent ainsi à recueillir un matériau propre à :

- analyser la genèse de l'article 244 (Cécile Blatrix)
- analyser les conditions d'application de cette nouvelle obligation (auprès des acteurs des services de l'Etat et de ses établissements publics) (Gérard Monédiaire, Michel Prieur, Cécile Blatrix, Sandrine Rui, Fabien Reix)
- analyser les conditions d'appropriation de ce nouveau droit par les acteurs de la société civile organisée (Sandrine Rui, Fabien Reix)
- analyser la portée juridique de cet article et les conditions d'élaboration de son décret d'application (Gérard Monédiaire, Michel Prieur)

Concernant la France et la Commission européenne, entre 60 et 80 entretiens individuels en face-à-face sont en voie de réalisation auprès :

- des différentes directions du ministère de l'environnement chargées de préparer les projets de décrets, ainsi que les directions des Ministères intéressés par les objectifs environnementaux à travers des droits liés à celui de l'environnement en vertu du principe d'intégration (droit de l'urbanisme, de la santé publique...) (15 entretiens)
- des services du premier Ministre qui signe les décrets (2 entretiens)
- des représentants de la DG environnement de la Commission européenne (3 entretiens) - des organes consultatifs l'environnement (Conseil supérieur des installations classées, Conseil national de la protection de la nature, Conseil national de l'eau...) (5 entretiens)
- des organes représentatifs des activités socioéconomiques intéressées (MEDEF, syndicats, fédérations professionnelles...) (8/15 entretiens)
- des ONG environnementales nationales et internationales qui suivent les réformes publiques en amont (10/15 entretiens)

- des représentants des partis politiques français et groupes parlementaires européens (3/5 entretiens)

Concernant ces trois dernières catégories, les personnes suivantes ont été rencontrées :

Organisations socio-économiques, chambres consulaires

- . CUERQ Antoine Délégation Régionale d'EDF en Aquitaine et LABALETTE Luc, chargé de mission
- . MEYER Gabriel, Union des industries et métiers de la Métallurgie Aquitaine
- . CISILOTTO Michel, Président d'honneur de la fédération du bâtiment aquitaine et RENOUIL Philippe, Secrétaire Général de la fédération du bâtiment aquitaine
- . GRACIET Dominique, Président de la chambre d'agriculture Aquitaine, Président de la chambre d'agriculture des Landes
- . FAGEOT Romain, Chargé de mission, AADPPED Gironde
- . CAILLET Jean-Daniel, Administrateur CGPME Gironde
- . CHESNE Caroline, Responsable cellule économique / MEDEF Gironde
- . DELMON Bruno, Biocoop Mérignac SARL Maxibio

ONG Environnementalistes

- . DAVANT Pierre, Président de la Sepanso Aquitaine, DELESTRE Daniel, Président de la Sepanso Gironde, BARBEDIENNE Philippe, directeur de la Sepanso.
- . FLECKENSTEIN Sophie, Chargée de mission juridique, FNE Midi-Pyrénées
- . CAMBOU Josée, Secrétaire Nationale de FNE
- . CINGAL Georges, Sepanso Landes – bureau européen de l'environnement
- . LHOMME Stéphane, Président de l'Observatoire du nucléaire
- . MAZODIER Jean, Président de la CEBA (Coordination Environnement du Bassin d'Arcachon), GIRAUDEL Josiane, Présidente Ecocitoyen(ne)s du Bassin d'Arcachon
- . NICOLAS Dominique, Aquitaine Alternative
- . DUFAU DE LAMOTHE Patrick, Trans' Cub
- . BEUROIS Christophe, Gérant SCOP « Médiation & Environnement »

Elus

- . CHAUSSET Gérard, adjoint au maire Mérignac, Vice président CUB, Verts
- . CURVALE Laure, vice-présidente CUB, Verts
- . DAVERAT Michel, conseiller régional, bassin d'Arcachon, vice-président du PNR

Administration

LABAT Didier, MEEDDM, CETE du Sud Ouest /Groupe EADDT / Unité Environnement

Initialement nous avons également retenu des objets juridiques précis pour la recherche, selon une approche en termes d'études de cas, soit des textes réglementaires concernant les domaines suivants :

- nature (parcs naturels régionaux)
- industrie (création d'une 3e catégorie d'ICPE)
- domaine transversal (eau)
- procédure (texte relatif à l'information ou à la participation du public)
- agriculture/environnement (OGM)

Si le choix des interlocuteurs répond en partie à ce critère, nous en retenons également un autre : identifier des acteurs ayant eu l'occasion de mettre en application ou d'avoir été concernés par l'article 244.

Si la réorientation de la recherche a conduit à quelque peu décaler la réalisation des entretiens individuels, le calendrier initialement prévu ne sera pas profondément modifié. Le matériau complet devra être constitué et prêt pour l'analyse à l'automne 2011.

Depuis le 1er mars 2011, le recrutement pour une durée de 6 mois d'un chargé d'étude, Fabien Reix, associé au centre Emile Durkheim, vient renforcer l'équipe utilement.

Premières observations

A partir de la vingtaine d'entretiens réalisés auprès des ONG, des élus et des organisations socio-économiques, on peut indiquer à ce stade un certain nombre de points convergents.

Il faut tout d'abord souligner la méconnaissance de cette nouvelle disposition réglementaire, y compris de la part de représentants d'organismes qui ont pris part au Grenelle de l'environnement, à l'exception toutefois des représentants de FNE qui semblent avoir été partie prenante de l'élaboration du texte. Ainsi, nos interlocuteurs découvrent-ils le plus souvent l'article 244 lors de nos sollicitations. 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.

Par ailleurs, 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. 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. Si les représentants d'associations que nous avons rencontrés ne saisissent pas toujours l'utilité de ce texte de loi au regard de ce qui existait déjà en matière de participation, ils n'y sont pas non plus opposés et envisagent de s'en emparer ponctuellement. C'est notamment le cas des associations ayant participé le plus activement au Grenelle (FNE en tête) que les autres décrivent péjorativement comme des « collaborationnistes ». En dehors des projets basés sur le principe d'une réelle « co-construction », les autres représentants d'associations considèrent que leurs actions doivent toujours garder une certaine forme de conflictualité pour peser dans « le rapport de force » qui les oppose à l'Etat et à sa « technostructure » (Aquitaine Alternative), quitte à refuser purement et simplement tout principe de concertation (Observatoire du nucléaire). Utiliser l'article 244 serait alors pour eux une manière d'accepter les règles d'un jeu qu'ils considèrent comme un jeu de dupes (« tout est déjà décidé en amont »).

A l'exception de certaines des associations environnementalistes, les acteurs 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 possibilités nouvelles, cela ne fera que conforter ce qu'on fait de façon naturelle chaque fois qu'il y a des textes de cette nature » (Socio-éco) Les entretiens confirment ainsi d'une part 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. Ces rencontres se déroulent le plus souvent à l'échelon national. D'autre part, le lobbying parlementaire et européen constitue une activité importante et décisive des acteurs socio-économiques et

environnementalistes. Les acteurs – et de façon très nette les représentants des organismes professionnels - insistent d'ailleurs sur une activité stratégique qui gagne à être laissée dans l'ombre, et 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 fiscal d'EDF 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 j'étais payé. » Au fond l'imperfection du texte est plutôt perçue comme une garantie que le jeu ne sera pas troublé par une publicité dommageable.

Cette appréciation diffère bien sûr selon les capacités d'action des acteurs concernés : certaines ONG environnementalistes jugent qu'un surcroît de concertation sur les textes réglementaires promet de réduire l'asymétrie défavorable des rapports de force en ce qui les concerne. Elles entrevoient également une ressource supplémentaire de recours en justice, pour des motifs procéduraires. Il reste que de telles observations, à approfondir, interrogent l'existence d'une demande sociale en la matière et rend plus pertinent encore notre questionnement sur la genèse de l'article 244.

Enfin, on notera à ce stade qu'il y a sur bien des points une appréciation souvent convergente du texte entre les citoyens interrogés dans le cadre des entretiens collectifs (voir ci-après) et les représentants des organisations et corps constitués. Tous insistent sur les limites et imperfections du texte. Mais les citoyens se montrent plus critiques tant ils ont le sentiment de manquer d'alternative pour peser sur la production réglementaire, quand bien des acteurs socioéconomiques et environnementalistes semblent se satisfaire des possibilités existantes. Il reste que les attitudes sont aussi très hétérogènes au sein de ces catégories d'acteurs. Entre adhésion (CEBA, FNE) et rejet radical (Observatoire du nucléaire, Aquitaine alternative), les autres oscillent entre désintérêt (les organismes professionnels) et critiques timides.

VOLET 3 – ENTRETIENS COLLECTIFS

Remarques de méthode

Initialement, l'un des objectifs de la recherche consistait à apprécier le degré et la nature des attentes du public ordinaire en matière de participation à l'élaboration des décrets. Désormais, le questionnement porte plus précisément sur les conditions d'appropriation de l'article 244 par le public. Dans son principe, le dispositif d'enquête du volet 2 reste le même : pour lever les difficultés de toute approche du « grand public », nous conservons la notion de « public particulièrement concerné », déjà mobilisée dans l'analyse de la réception (Chalvon-Demersay, 1999), en sollicitant des citoyens, c'est-à-dire des individus sans mandat ni statut spécifique pour prendre part à la décision, mais déjà engagés dans des démarches et dispositifs participatifs.

Un premier groupe test a été constitué, à Bordeaux, en janvier 2011. Composé de 3 membres du Conseil de développement durable de la Communauté Urbaine de Bordeaux, ce groupe nous a permis d'apprécier, d'un point de vue méthodologique :

- . l'intérêt suscité par la démarche de recherche et notre capacité à engager des citoyens dans l'exercice
- . l'opportunité de la dimension collective pour recueillir un matériau utile
- . la pertinence des outils nécessaires à l'animation des entretiens collectifs.

Ce test nous conduit à maintenir le principe des entretiens collectifs, mais à infléchir le mode d'organisation et de recrutement des citoyens. Ainsi, il apparaît que l'entretien collectif est bien la bonne technique pour faire réfléchir les citoyens aux conditions d'appropriation de l'article 244, tout en recueillant des éléments utiles sur leurs formes d'engagements participatifs et leurs expériences en la matière. Ce dispositif permet ainsi d'interroger les participants sur les points suivants :

- . leurs expériences en matière de participation à la décision publique et l'appréciation qu'ils en font
- . leur niveau de connaissance des processus de production législative et réglementaire, en France et à l'étranger
- . leur appréciation des possibilités nouvelles offertes par l'article 244 et les conditions auxquelles ils s'en saisiraient.

L'entretien collectif test a permis de montrer que faire réagir in situ au texte de l'article 244, constituait un bon procédé pour recueillir un matériau informé et utile. De même, nous avons mesuré tout l'intérêt de soumettre au groupe un cas d'application : les participants au groupe test ont ainsi pu étudier l'application du texte par le Parc Amazonien de Guyane, concernant un arrêté portant règlement des procédures d'achat par marché public (mise en ligne en septembre 2010).

Toutefois, le test a aussi été l'occasion de mesurer les difficultés à engager les citoyens dans la recherche. Pour l'organisation du groupe test, 12 citoyens avaient été sollicités ; 3 se sont montrés intéressés et disponibles. Au mois de mars 2011, le montage de deux groupes bordelais a confirmé cette difficulté : rares sont les personnes sollicitées qui répondent favorablement à notre demande (mail + relance téléphonique). Sans surprise, il s'avère que les personnes qui répondent présentes sont aussi celles parmi les plus impliquées et de fait il y a parmi les participants aux entretiens collectifs plusieurs militants associatifs. Quoi qu'il en soit, un tel constat nous a amené à utiliser deux modes de sollicitation différents.

Pour le premier groupe, nous avons identifié des citoyens membres d'instances participatives (principalement le Conseil de développement durable de la Communauté urbaine de Bordeaux), et les avons invités à une séance de 2h (18h-20h) organisée dans le département de sociologie de l'université de Bordeaux Segalen. Le second groupe a été organisé grâce à la chargée de mission Agenda 21 et au président de la fédération des comités de quartier de la ville de Pessac. La séance de 2h s'est déroulée dans une salle du complexe Jean Eustache, mise à notre disposition par la mairie. Cette 2e modalité de mobilisation étant plus fructueuse, une démarche équivalente est menée auprès du Conseil général de Seine-Saint-Denis et des responsables du conseil de développement de la Communauté de Plaine Communes, afin de constituer deux groupes en Ile de France, comme prévu initialement.

Les deux groupes girondins ont compté avec la participation des personnes suivantes :

Groupe 1 – 5 participants

Winston (président du centre social Paul Bert, Membre du comité de bioéthique aquitain, membre du C2D) ; Philippe (salarié de la CAF Gironde ; membre du C2D) ; Laurent (MCF Géographe, membre du C2D) ; Boubacar (architecte, membre du C2D), Emmanuelle (citoyenne de Saint Médard en Jalles, membre du C2D)

Groupe 2 – 7 participants

Thierry (Élu EEV, adjoint au maire de Pessac), Marie-Claude (Membre de la fédération des comités de quartier de Pessac, d'ATD Quart Monde, de la Ligue des droits de l'homme et du CCAS de Pessac), Dominique (Président de la fédération des comités de quartier, membre du

conseil de développement durable de Pessac), Bouchra (Hydrologue, membre du conseil de développement durable de Pessac), Sylvie (Salarié de la CUB, Présidente du Centre Social Pessac Alouette, membre du conseil de développement durable de Pessac), Dorothée (Présidente de « Terre d'Adèles »), Daniel (Retraité, militant associatif, membre de la commission permanente sur l'aménagement urbain).

Premières observations

Si, d'un groupe à l'autre, les participants témoignent de parcours et d'expériences participatives différents, on notera à ce stade l'appréciation très convergente du texte de l'article 244. Domine ainsi un scepticisme critique : si les citoyens se disent favorables à tout ce qui peut étendre le domaine d'application de l'impératif participatif, ils doutent et s'interrogent : où est le piège ? N'est-ce pas un texte démagogique ? A qui profite une telle disposition ? Parfois, le propos est bien abrupte : « 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 . Elle est toutefois renforcée ici 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, à tort ou à raison. Par ailleurs, le texte restant de leur point de vue discret sur certains points essentiels, il est perçu comme instituant un dispositif « purement formel », et poursuivant une stricte fin de légitimation procédurale.

Bien des remarques portent ainsi sur la rédaction du texte et le langage juridique. Plusieurs notions, dont principalement celle d'« incidence directe et significative sur l'environnement » ou encore « d'urgence » sont jugées beaucoup trop vagues et peut-être délibérément et stratégiquement imprécises. L'un des participants remarque ainsi, ironiquement, que « les technocrates savent écrire. » Concernant la notion d'urgence, si les citoyens interrogés peuvent entendre que des événements/situations appellent réactivité et autoritarisme, la question est posée de l'usage tactique de cette notion. Aussi aspirent-ils à ce que l'administration soit « dans l'obligation de justifier l'urgence », et il est attendu que le décret apporte des éléments plus précis sur ce point. Plus généralement, c'est la compréhension de ce texte de loi, et par extension de tous les textes réglementaires, par les non-initiés qui est en cause. Les citoyens du C2D qui ont participé à l'élaboration d'une charte de la concertation insistent d'ailleurs sur le fait que leur premier souci avait été de rédiger un texte « le plus explicite possible » afin « que n'importe quel citoyen lambda puisse lire et comprendre le texte facilement et savoir de quoi on parle. » D'où l'idée de demander à un organisme indépendant de « traduire » et de synthétiser les textes soumis à concertation.

De fait, la question est de savoir : à qui s'adresse cette offre de participation ? Là encore, les propos relèvent d'une posture critique, avec toutefois une ambivalence. D'un côté, l'appel à la participation du public est perçu comme « démagogique », puisqu'on sait bien, disent les participants, que seuls les groupes organisés, les lobbies, verront leur intérêt et sauront se saisir de cette ressource - le délai de 15 jours ne pouvant que favoriser les acteurs préalablement mobilisés et organisés. De ce point de vue, les citoyens interrogés semblent regretter que la procédure ne puisse pas toucher le « grand public ». De l'autre côté, ils incriminent la procédure parce qu'elle prétend s'adresser au public, soient aux citoyens en tant qu'individus atomisés : 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 raisonner en termes de commun, de collectif et de politique. On insistera sur un point – et il conviendra de l'analyser plus profondément : les citoyens

regrettent une forme de consultation atomisée consistant à récolter des commentaires individuels sans les mettre en délibération. C'est l'un des éléments les plus intéressants de l'enquête. Dans la droite ligne des travaux vantant les vertus de la « démocratie délibérative », ce dispositif de concertation sans débat est jugé comme allant à rebours des avancées en matière de participation. L'exigence de débat est ainsi unanimement décrite comme la caractéristique fondamentale de tout dispositif de participation. Ce constat conduit donc certains à penser que dans le cas de l'article 244, le dispositif relève davantage d'une offre de consultation que d'une véritable démarche de « participation », terme retenu pourtant par le texte.

Ce point explique une attente en matière de modalités d'application : pour lever le risque d'une succession d'observations individualisées sujettes à caution, il faudrait un moment délibératif : seule la délibération répond à l'enjeu de confrontation, de publicité (à ce propos les observations sont-elles rendues publiques ? interrogent-ils). Elle est perçue comme ayant des vertus éducatives, et permet de fabriquer des propos fondés en raison. Ce serait d'autant plus nécessaire concernant les questions environnementales, même si on notera qu'une bonne part des citoyens souhaiterait qu'une telle disposition ne concerne pas seulement les enjeux environnementaux. Par ailleurs, de façon récurrente là encore, la question de l'évaluation des observations est posée : qui jugera du bien fondé des observations du public ? Sur quels critères ? Pour en faire quoi ? Enfin, rien n'est dit quant à la garantie d'une prise en considération : l'administration est-elle tenue de justifier après coup de son usage des observations ? Si oui sous quelle forme ? Suscitant d'abord des interrogations, le texte est donc perçu comme offrant trop peu de garanties. Ce qui conduit les citoyens rencontrés à insister sur la nécessité de pouvoir compter sur une autorité indépendante, un garant, seule condition à leurs yeux pour fonder la confiance.

De façon générale, les écueils classiques des dispositifs de concertation ont été évoqués au cours des entretiens collectifs : 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 garantie... Si ces éléments devront être analysés plus finement, il conviendra surtout de s'attacher aux spécificités de cette disposition inédite.

• B) Résultats observés

• En France

Pour rappel la loi n° 2010.788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (JO du 13 juillet 2010, loi dite " Grenelle II ", dite loi ENE) a, par son article 244, instituée une procédure de participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics. Cette importante loi a fait l'objet d'une publication dans le n° spécial 2010 de la Revue juridique de l'environnement - RJE consacré à la présentation de la loi ENE.

La contribution ci-après rédigée par G. 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 III " (p.223-239), fait expressément référence à l'articulation avec la recherche CDE (note 17) et constitue un complément substantiel au rapport.

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 III ?

INTRODUCTION

La « démocratie administrative » vient d'esquisser un pas en avant par le truchement de l'article 244 de la loi dite Grenelle II¹. Il s'agit 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 audits règlements fait écho à des recherches anciennes conduites par des juristes de l'environnement². Deux modifications particulièrement importantes intervenues dans le 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 tracassés provoqués par la participation du public.

Il s'agit successivement de la Convention d'Aarhus de 1998³ 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 à 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

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

² 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 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.

³ Cf. La Convention d'Aarhus, Revue juridique de l'environnement, n° spécial, 1999.

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 »⁴.

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'environnement⁵ 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 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 gouvernementale (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 deux temps, invitant à examiner en premier lieu les champs d'application de la réforme (I) avant d'exposer son régime (II). 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)⁶ 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 suggèrent 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 244⁷ en l'absence d'intervention du décret.

⁴ 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.).

⁵ Introduite au Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 (JO du 2).

⁶ 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.

⁷ 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 du site du Ministère sont limitées, sauf exception, au 31 janvier 2011.

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 République⁸, 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*).

A 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 international⁹), 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 (...)».

⁸ 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 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).

⁹ 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.

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 délibérations¹⁰ et leurs établissements publics) qui sont potentiellement concernées. 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 ».

B. Les organes concernés par l'article L.120-1¹¹

Pour ce qui concerne l'Etat, on imagine sans peine que la 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-environnement¹², 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 aux documents d'urbanisme en relation avec la protection de l'environnement a été mis à la consultation.

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...) ¹³.

¹⁰ C'est une délibération du Conseil régional qui crée une réserve naturelle régionale (art. L.332-2 Code env.).

¹¹ 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.

¹² 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 ».

¹³ 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

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.

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 salué¹⁴.

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 projet¹⁵.

l'environnement : « conditions et limites ». Cf Conseil d'Etat-Rapport public 2010, la Documentation française 2011, p. 93 et s.

¹⁴ 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. Cette solution est également préconisée par le Guide d'application de la Convention d'Aarhus (p. 156).

¹⁵ 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

L'article 7 de la Charte de l'environnement soumet 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 »¹⁶. 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 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.

A 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 édifiée¹⁷.

¹⁶ 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).

¹⁷ Ce travail sera conduit dans le cadre du contrat de recherche (Programme concertation-décision-environnement/CDE) 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 », coordonné par le CRIDEAU-OMIJ (2009-2012).

Reste une dernière équivoque, extrêmement lourde de conséquences, qui apparaît à la lecture du Rapport public du Conseil d'Etat de 2010¹⁸, et qui tend 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 puisqu'à ce jour aucun projet procédural n'a été mis à la consultation, alors que les grandes fédérations de défense de l'environnement sont actuellement 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 pour réduire à néant leur énergie en les privant d'instruments de mise en œuvre¹⁹. 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 ».

Enfin, de manière plus pragmatique, une telle orientation conduirait à des situations baroques. Ainsi du rapport d'application de la Convention d'Aarhus dont on a dit qu'il avait été, nonobstant son caractère non réglementaire, 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 « elle 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 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

¹⁸ Cf. *supra* note 13.

¹⁹ 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 », par contraste avec la « prescription juridique ». En l'absence de procédure ou de sanction, le droit devient évanescant.

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. Surtout, c'est une autre équivoque rédactionnelle qui peut être relevée. Le texte, dont la finalité évidente est celle de la plus large dispense de mise à la participation, vise les règlements « seconds » 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 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 »²⁰.

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'UE²¹. On se bornera ici à la prise en considération de 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

²⁰ 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 ».

²¹ 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 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).

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 européenne²². 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 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).

A 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'environnement²³. 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 public²⁴, 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...

²² 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.

²³ Voir des précédents sur le site « Votre point de vue sur l'Europe » <http://europe.eu.int/yourvoice>.

²⁴ Dispense qui demeure normale s'agissant des règlements européens mais qui ici concerne bien *expressis verbis* les directives, dont la transposition est obligatoire.

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 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 REGIME : 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'Aarhus²⁵ 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 bref²⁶. 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,

²⁵ 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.

²⁶ Alors qu'aucune information préalable sur le « programme de réglementation » du Gouvernement n'est prévue.

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 consultatif²⁷. 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 ?²⁸

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

²⁷ 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.

²⁸ 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 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 »).

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 2002²⁹, 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 spécificité des questions mises en débat, ou des périodes de congés. Nous voici rendus à un différentiel de facteur 4 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. 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 participer³⁰.

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 » ?

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 science 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

²⁹ Cf. *supra*.

³⁰ 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 d'actions (qui n'est pas un règlement) en faveur du crapaud sonneur à ventre jaune *Bombina bombina* est mieux traité (1 mois)...

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 habituelle³¹. 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 arrêter définitivement le projet. On a là affaire davantage à un « délai de décence » qu'à autre chose...³²

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.

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 a 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

³¹ Il est dommage qu'aucun travail récent et d'ampleur n'ait été consacré au thème de l'administration consultative contemporaine.

³² 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.

qui accompagnent les propositions législatives »³³, 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 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'Aarhus³⁴, même sans s'y référer... Mais pour le législateur français, le temps du retour d'informations sur la participation est un temps vide, inexistant.

C. Les périodes

A plusieurs reprises, la consultation du site du Ministère révèle que des soumissions à la participation du public ont lieu pendant des périodes qui exigent 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 » (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 circulaire³⁵ 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

³³ 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.

³⁴ 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 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).

³⁵ « 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).

convient d'étendre la durée de l'enquête de manière à permettre à la population résidente de s'exprimer au retour des vacances »...

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. 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 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 »³⁶. 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).

- **Dans les autres pays**

Comme indiqué dans le rapport intermédiaire le CIDCE est chargé de l'aspect droit comparé (et Union européenne). Le Professeur Michel Prieur a achevé ses entretiens aux Etats-Unis qui ont déjà été présentés dans le rapport intermédiaire. Les entretiens de terrain au Canada par le Professeur Pierre-François Mercure ont été finalisés dans une étude très complète (130 pages) dont le sommaire se trouve ci-après. Les résultats dans les autres pays (Belgique, Brésil, Hongrie, Costa-Rica, Pérou) restent toutefois à formaliser.

L'EXPÉRIENCE DU CANADA ET DU QUÉBEC

Pierre-François Mercure*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	
1. LE SYSTÈME PROVINCIAL QUÉBÉCOIS.....	
1.1 Régime général	
1.1.1 Principe	
1.1.2 Champ d'application	
1.1.3 Régime.....	
1.1.4 Processus de consultation	
1.2 Régime propre aux règlements adoptés en vertu de la <i>Loi sur la qualité de l'environnement</i>	
1.2.1 Principe	
1.2.2 Champ d'application	
1.2.3 Régime.....	
1.2.4 Particularités de la consultation publique pour la réglementation environnementale Erreur ! Signet non défini.	
1.3 Organismes consultatifs en matière de réglementation environnementale.....	
1.3.1 Bureau d'audiences publiques en environnement	
1.3.2 Municipalités.....	
2. LE SYSTÈME FÉDÉRAL CANADIEN.....	
2.1 Régime général	
2.1.1 Principe	
2.1.2 Champ d'application	
2.1.3 Régime.....	
2.2 Régime applicable à la <i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement</i>	
2.2.1 Principe	
2.2.2 Champ d'application	
2.2.3 Régime.....	
2.3 Instances parallèles	
2.3.1 Régime de l'évaluation environnementale canadien	
2.3.2 Conseil canadien des ministres de l'environnement.....	
3. ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION DES DISPOSITIFS	
3.1 Le consensus des acteurs.....	
3.1.1 L'élément technique : le pragmatisme de la modestie.....	
3.1.2 L'élément éthique : une conception des rapports administration-administrés.....	
3.2 Les éléments de critique.....	
CONCLUSION.....	
PERSONNES RESSOURCES CONSULTÉES	
ANNEXE 1.....	
ANNEXE 2.....	

³⁶ Rapporté par Pierre Legendre in « Miroir d'une nation : l'École nationale d'administration » in Arte Editions, Editions 1001 nuits, 1999.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

Nous remercions M^e Nicolas Proulx, étudiant à la maîtrise en environnement de l'Université de Sherbrooke pour les recherches et les entrevues réalisées.

AUTRES INFORMATIONS SUSCEPTIBLES D'INTÉRESSER LE CONSEIL SCIENTIFIQUE :

S'agissant de la poursuite des travaux, notamment dans leur dimension juridique, les équipes sont une fois de plus "victimes" d'une actualité juridique torrentielle. En effet, il conviendra de prendre en considération (textes et documents intervenus en mai et juin 2011), c'est-à-dire :

- la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai qui dans ses articles 16 et 70 introduit une nouvelle procédure de participation de public à l'élaboration des textes réglementaires, non limitée à l'environnement, à certains égards plus satisfaisante que le contenu de l'article 244 loi ENE, mais totalement à la discrétion des pouvoirs publics quant à sa mise en œuvre. La question se posera donc de la spécificité du domaine de l'environnement qui est le seul, en matière de participation, à avoir engendré des obligations internationales de l'Etat (convention d'Aarhus),
- le très important Rapport public de Conseil d'Etat 2011 "Consulter autrement, participer effectivement", qui recoupe très largement notre champ de recherches, et témoigne de l'actualité de celui-ci. La plus grande attention devra être apportée aux conséquences juridiques des 18 principales propositions du Conseil d'Etat qui figurent dans le rapport.

Limoges, le 18 juillet 2011



Gérard MONÉDIAIRE

PU

Directeur du CRIDEAU-OMIJ

Responsable de la recherche :

"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 "