



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master de droit européen comparé  
Dirigé par Louis Vogel  
2011**

***Élaboration de l'acte réglementaire et  
participation du citoyen  
Étude des droits français et américains***

**Marine Legendre**

**Sous la direction de Gilles Guglielmi**

UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPEEN COMPARE

2010 - 2011

**ELABORATION DE L'ACTE REGLEMENTAIRE ET  
PARTICIPATION DU CITOYEN**  
**Étude des droits français et américains**

Mémoire rédigé sous la direction du

Professeur Gilles Guglielmi

**Marine Legendre**

Columbia University, New York City, États-Unis

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

# Résumé

La marche continue vers la démocratisation a conduit les droits administratifs américain et français à enregistrer une même évolution : celle de la prise en compte croissante du citoyen dans son action ; s'illustrant notamment par la mise en place de mesures garantissant la participation du citoyen au cours de l'élaboration de l'acte réglementaire.

Aux États-Unis, la participation du citoyen est vite perçue comme aidant à la prise de meilleures décisions par l'Administration. Dès 1946 le législateur dote le système administratif américain de l'Administrative Procedure Act, consacrant un droit de la participation au citoyen dans la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire. La participation est rendue obligatoire, elle s'exerce selon diverse modalités : elle est minimale lorsque l'administrateur use d'une procédure dite « informelle », au cours de laquelle l'administrateur américain devra veiller à recueillir les commentaires du public quant à la règle proposée ; elle est maximale lors de la procédure « formelle » qui oblige à la mise en place d'une audience publique. Le législateur américain poursuivra ses efforts en prévoyant en 1990 la possibilité d'une procédure négociée, qui oblige à l'obtention d'un consensus au sein d'un comité de négociation avant l'adoption d'un règlement. Désormais le développement de la participation des citoyens aux États-Unis semble reposer sur l'outil internet.

En France, la participation du citoyen est d'abord perçue comme gênant l'action administrative. Elle tarde quelque peu à se mettre en place et naîtra d'un empilement législatif traduisant les hésitations du législateur. Ainsi un point de départ peut être celui de la loi du 12 juillet 1983 réformant la procédure de l'enquête publique. Quelques années plus tard, la méthode de la concertation se voit consacrée (notamment par la loi du 18 juillet 1985) jusqu'à ce que le législateur n'institue en 1995 une Commission Nationale du Débat Public , étape ultime de la démarche participative française.

Si ces évolutions semblent de prime abord s'inscrire dans une tendance louable de « démocratisation administrative », elles ne doivent cependant échapper à un regard critique. Aussi cette évolution de l'action administrative est la dérivée d'un changement sociétal autour duquel la réflexion mérite d'être élargie.

# Table des matières

<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>1-Partie Introductive : Administration et pouvoir réglementaire en France et aux États-Unis.....</b>	<b>3</b>
§ Avant-propos : Administration ou administration ? .....	3
<b>Sous-Partie 1 : Radiographie de l'Administration américaine.....</b>	<b>4</b>
§ Grands idéaux et principes de gouvernement français vs pragmatisme américain....	4
A) Histoire et préceptes idéologiques de l'administration aux États-Unis : de la régulation à l'Administration.....	7
B) L'agence ou « l'administration à l'américaine ».....	9
1- Agence exécutive vs Agence indépendantes.....	9
2- Les agences indépendantes, noyau dur du système administratif américain.....	10
<b>Sous-Partie 2 : Le pouvoir réglementaire aux États-Unis.....</b>	<b>11</b>
§ Règlements vs Rules : rapide présentation du pouvoir réglementaire français. ....	11
A)« Rule » vs « order », une frontière ténue . Les ambiguïtés dues à la concentration des fonctions aux mains des agences.....	12
B) Le pouvoir de faire des « rules », un pouvoir délégué.....	13
1-La fiction de la théorie de la non-délégation et le principe de la délégation des pouvoirs. ....	13
2-La délégation des pouvoirs comme preuve du pragmatisme du droit administratif américain.....	16
<b>Sous-Partie 3 : Deux continents, deux Administrations ; premières comparaisons.....</b>	<b>17</b>
§ Fondements : Idéaux vs Pragmatisme.....	18
§ Une application différente de la séparation des pouvoirs (1/2). ....	18
§ Une application différente de la séparation des pouvoirs (2/2) : La concentration des fonctions législatives et judiciaires au sein des agences. ....	19
§ Par delà les différences. ....	20
<b>Partie 2 : Élaboration de l'acte réglementaire et participation ; la progressive mise en place d'une unilatéralité négociée aux États-Unis et en France.....</b>	<b>21</b>
<b>Sous-Partie 1 : Élaboration de l'acte réglementaire et participation aux États-Unis.....</b>	<b>22</b>
§ Du « due process of law » à l'APA : « le commencement d'une ère nouvelle dans le droit administratif des États-Unis ».....	22
A) L'APA, l'annonce d'une nouvelle ère participative ?.....	24
1- La procédure informelle : « informal rulemaking ».....	24
1- 1. L'obligation d'informer (notice).....	25
§ Buts. ....	25
§ Contenu de l'avis.....	25
1-2. L'obligation de recueillir des commentaires (comment).....	27
2- La procédure formelle : « formal rulemaking ».....	28
2-1. L'officier-auditeur, juge d'un « débat-process ».....	29
2-2. ...ouvert à tous.....	30
3- Le droit d'initiative, section 553 (e) de l'APA .....	30
B) La mise en place d'une nouvelle ère participative : développements pratiques.....	31
1- Les outils « intermédiaires ».....	31
2-La procédure négociée.....	32
<b>Sous-Partie 2 : Elaboration de l'acte réglementaire et participation en France.....</b>	<b>34</b>
A) Les lacunes de la procédure administrative non contentieuse et la progressive émergence des droits de la participation.....	35

1- Les raisons du retard français en matière de procédure non contentieuse.....	35
§ Une procédure juridictionnelle hégémonique. ....	35
§ Une liberté nécessaire à la mise en œuvre de l'intérêt général.....	36
§ La relation de supériorité de l'Administration sur l'administré. ....	36
§ Le réveil tardif de la doctrine. ....	37
2- Le virage procédural des années 1970 : prise en main du législateur et « ébranlement de la citadelle administrative ».....	38
§ Le contexte de l'émergence de ces nouveaux droits : nécessaire temporisation de l'unilatéralité de l'Administration et mise en œuvre de la décentralisation. ....	38
§ La prise en main du législateur. ....	39
B) La mise en œuvre de la participation : analyse des législations successives.....	40
1- De l'information à la consultation : l'enquête publique.....	40
§ La loi du 12 juillet 1983 : généralisation de la procédure d'enquête publique.....	41
§ Le déroulement de l'enquête publique, la concrétisation du droit à la parole. ....	41
§ Refonte et revalorisation du droit à l'information et à la participation (loi du 12 juillet 2010).....	42
2- Le citoyen comme collaborateur de l'administrateur : consécration de la concertation et référendum local.....	44
2.1- La concertation.....	44
§ La concertation, « une certaine redistribution du pouvoir ». ....	44
§ Apport de la Jurisprudence et modalités d'organisation de la concertation. ....	45
§ Succession des lois et élargissement du champ d'application de la concertation...	46
2.2- La consultation locale et le droit de pétition. ....	47
§ Le référendum local, « le procédé démocratique par excellence ». ....	47
§ Le droit de pétition. ....	48
3- Le débat public ....	48
§ Le débat public, étape ultime de la démarche participative française. ....	48
§ La CNDP ou la naissance d'un O.V.N.I juridique. ....	49
§ Dernières modifications en date de la procédure de débat public. ....	50
<b>Sous - Partie 3 : Le partage de la décision administrative : illustration des ambiguïtés de la démocratisation administrative aux États-Unis et en France.....</b>	<b>51</b>
A) De la relative efficacité.....	52
§ Faible participation du citoyen amateur. ....	52
§ Impact limité sur la prise de décision. ....	54
B) ...A la contre-efficacité : revers antidémocratiques des mécanismes participatifs.....	56
§ La mise à mal de la cohérence de l'action administrative. ....	56
§ Participation inégalitaire et captation des intérêts : une représentation infidèle des intérêts du public. ....	57
§ Frustration des citoyens et radicalisation de leurs rapports avec l'Administration. ....	58
.....	58
<b>Partie 3 : Vers une « unilatéralité négociée » : L'Administration au cœur d'une société en mouvance.....</b>	<b>63</b>
<b>Sous-Partie 1 : Un constat partagé : la marche vers l'unilatéralité négociée comme témoin de l'évolution de l'Administration.....</b>	<b>64</b>
A) Déficit démocratique et remise en cause de la démocratie représentative.....	64
§ La crise de la légitimité, élément déclencheur d'une nécessaire évolution de l'Administration. ....	64
§ Crise de légitimité aux États-Unis ....	65
§ ...Le recours aux mécanismes participatifs ; une réponse naturelle et rapide. ....	66
§ La France, un cheminement vers la démocratie administrative plus long. ....	68
§ La situation actuelle: quelle position pour la France dans la course aux mécanismes	

participatifs ? .....	70
B) De la démocratie représentative à la démocratie participative : la mise en place d'une Administration moderne ? Enjeux et débats d'une « nouvelle modernité ».....	71
§ Le dépassement de la démocratie représentative... ..	72
§... par la démocratie « directe » ou « participative », retour utopique aux origines ou dérivé réaliste de la modernité via la conciliation ? .....	72
<b>Sous-Partie 2 - Conclusion(s) et interrogation(s) : L'évolution de l'Administration comme témoin des changements de la société .....</b>	<b>75</b>
A) Du constat positif.....	76
§ La gouvernance, dépassement d'un ancien clivage gouvernants/gouvernés. ....	76
§ « L'empowerment du citoyen ». ....	76
B)...Au postulat cynique.....	77
§ Le citoyen victime de l'ère du « tout-publicitaire » .....	78
§ Vers une montée des individualismes ? .....	78
<b>Conclusion Finale.....</b>	<b>80</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>82</b>
<b>Annexes.....</b>	<b>85</b>

# Introduction

---

Depuis quelques décennies maintenant, s'observe en France un retour à la participation directe. Ce retour s'exerce plus particulièrement dans les domaines de l'urbanisme, de la santé ou encore de l'environnement. Il prend la forme de jurys citoyens, de conférences de consensus, de sondages délibératifs, d'atelier d'urbanisme, ou encore de débats publics... et va de pair avec un déploiement de l'action de l'Administration repensée. En effet depuis une trentaine d'années l'Administration française envisage son renouveau sous les thématiques de la transparence, de la responsabilisation et du rapprochement avec l'administré. Ce dernier se pare du qualificatif de « citoyen » et, devenu « administré-citoyen » il devient le témoin mais également l'acteur de la transformation de l'Administration. Ce phénomène, enregistrant une érosion du pouvoir unilatéral de l'Administration, conséquence d'une suspicion généralisée du public à l'égard des décideurs est riche d'enseignements sur nos sociétés contemporaines et s'inscrit dans des problématiques relevant tant du droit administratif que des sciences sociales. Il a cours dans plusieurs pays, ainsi il peut également être traité sous la perspective du droit comparé, l'histoire vient alors en aide afin de comprendre les rapprochements et dissensions entre deux espaces géographiques. Ainsi ce travail de recherche use de la science administrative tout autant qu'il puise dans le droit administratif.

États-Unis et France présentent un certain nombre de similitudes tout en ayant chacun développé des particularités quant à la pratique administrative, ils offrent donc un terrain d'étude fertile au travail comparatiste. Aussi l'étude comparée de l'acte réglementaire, exemple clé de la manifestation du pouvoir unilatéral de l'Administration semble être des plus judicieuse dès lors qu'il est question de traiter d'une « atténuation de l'unilatéralité » quant à la pratique administrative française et américaine. L'analyse de la mise en œuvre de l'acte réglementaire, acte de portée

générale et impersonnelle, peut être considérée à bien des égards comme le reflet d'une humeur sociétale. Elle est une porte d'entrée légitime à des réflexions plus élargies faisant écho à la science administrative .

Le parti pris est celui de traiter le sujet selon une perspective évolutive ; la comparaison sera une comparaison du cheminement vers une « unilatéralité négociée » plutôt qu'une comparaison des performances de la participation citoyenne telle qu'elle s'exerce en France et aux États-Unis. Cette démarche semble plus riche d'enseignements mais également moins risquée. L'abondance des textes empiriques sur le sujet au sein de la doctrine américaine ne met finalement en lumière que des contradictions, autant qu'elle ne met en exergue le manque d'étude empiriques sur la question de l'autre côté de l'océan Atlantique. Aussi la comparaison faite à l'aulne des performances aurait rapidement pu être fastidieuse et rébarbative pour le chercheur et pour le lecteur, tandis que sa mise en œuvre selon le prisme évolutif semble plus stimulante.

Ainsi ce travail de recherche s'articule autour de **la marche vers l'unilatéralité négociée comme témoin de l'évolution de l'administration démontrée au travers de l'élaboration de l'acte réglementaire selon l'expérience française et américaine.** Il tentera de mettre en lumière les raisons et les logiques qui ont conduit ces deux pays à recourir aux outils participatifs dans la mise en œuvre de leur pouvoir réglementaire à des moments donnés de leur histoire. L'attention sera également portée sur la manière dont se déploient ces outils au sein de ces deux espaces géographiques distincts. Puis ce travail d'étude s'interrogera sur les interprétations qu'il peut être faites quant à ce « renouveau participatif » et les interrogations nouvelles auxquelles il conduit. L'exposé se déroulera donc en trois temps. Il s'agit d'abord de décliner une présentation générale de l'Administration et du pouvoir réglementaire aux États-Unis et en France (Partie 1), afin de fournir au lecteur les outils et première clés comparatives nécessaires à l'étude de la mise en œuvre de la participation dans l'élaboration de l'acte réglementaire (Partie 2). Enfin, l'étude se veut adopter un certain recul et participer à une réflexion plus générale quant aux enjeux des métamorphoses de l'art de la régulation (Partie 3) avant de s'achever par une conclusion plus personnelle.



# 1-Partie Introductive : Administration et pouvoir réglementaire en France et aux États-Unis

---

## § Avant-propos : Administration ou administration ?

La langue française réputée pour son ambiguïté et ses doubles sens ne fait pas exception dès lors qu'il s'agit de l'administration. En effet le mot peut revêtir deux sens selon qu'il se coiffe d'une majuscule ou non. Ainsi dans sa définition fonctionnelle, le mot définit l'ensemble des activités ayant pour objectif de répondre aux besoins de l'intérêt général eux même définis par l'opinion public ainsi que par le pouvoir politique. L'administration consiste alors en la régulation des marchés publics ou encore dans le maintien de l'ordre public. Dès lors que le mot se pare d'une majuscule, il désignera alors les personnes morales ou physiques qui de par leur activités diverses tente de satisfaire l'intérêt général. Il s'agit alors par exemple de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics dans le cas des personnes morales. Le mot évoque les fonctionnaires ou contractuels dans le cas des personnes physiques. Dans cette conception de l'Administration se distingue encore deux visions : celle, plus large, qui inclut les organismes privés exerçant cette mission de réalisation de l'intérêt général, de celle, restreinte, qui les exclut.

Ce qui réunit l'administration et l'Administration semble donc être l'accomplissement de l'intérêt général. Ainsi peut être faut il ne retenir d'une première définition sommaire de l'administration que sa mission, constituant son essence même et son fondement : la poursuite de l'intérêt général. Si la notion est la pierre angulaire du droit administratif français, le droit administratif américain se distingue en se révélant être un droit avant tout pragmatique : plus qu'un droit pourvoyeur de l'intérêt général , il est le droit de la nécessité.

L'introduction suivante a pour but de présenter sommairement ce droit administratif américain, droit qui aux vues de la littérature peut sembler quelque peu délaissé par la doctrine juridique française. L'exposé ne prétend pas à l'exhaustivité mais se veut une porte d'entrée vers le sujet d'étude sous la forme d'une première mise en lumière des points de dissociations ou d'associations de ces deux droits. L'histoire ainsi que le fonctionnement contemporain de l'Administration française étant bien connue de l'amateur de droit public français, celle-ci ne sera que très brièvement évoquée et la comparaison proposée dans cette partie se contentera de souligner les soubassements idéologiques qui la fonde et non son architecture contemporaine.

Lorsqu'il sera évoqué la notion d'administration, le lecteur devra comprendre la notion comme englobant l'ensemble des organismes administratifs émettant des actes obligatoires. En effet, ce travail de recherche s'applique plus à l'action administrative qu'à l'administration elle-même. L'étude portera donc sur le pouvoir réglementaire. Les détenteurs du pouvoir réglementaire seront identifiés dans la sous-partie suivante consacrée à l'analyse du pouvoir réglementaire. La démarche sera la même que celle adoptée dans cette première partie : une présentation générale permettra de mettre en lumière certains points de dissemblance et ressemblance du droit américain avec le droit français.

## **Sous-Partie 1 : Radiographie de l'Administration américaine**

---

### **§ Grands idéaux et principes de gouvernement français vs pragmatisme américain.**

L'histoire de l'Administration française se différencie de celle du droit administratif américain. Il est ainsi possible de narrer la continuité historique de l'Administration française à travers les siècles et de procéder alors à un descriptif de la manière dont s'exerçait et se divisait le pouvoir exécutif français, partant de l'Ancien Régime à Napoléon, puis du XIX<sup>ème</sup> siècle à la seconde guerre

mondiale, pour finalement évoquer le mouvement de décentralisation du XXIème siècle. L'exposé serait cependant fastidieux et l'accent sera porté sur les soubassements idéologiques et philosophiques qui se dessinent derrière la notion d'Administration. L'Administration française, dans ses formes et caractéristiques actuelles, naîtra du fait de la grande crise économique de 1930 et de la mise en place de « L'État Providence ». Cependant, il est nécessaire pour appréhender pleinement l'Administration française et ses fondements de se placer dans une perspective historique beaucoup plus ancienne. A l'image de la démocratisation progressive qui s'opérera après la Révolution Française, le droit administratif français et son développement va de pair avec l'aboutissement d'un État de droit en France. Les premières idéologies majeures de l'Administration se révèlent au cours de l'ère révolutionnaire. Parmi les grands principes issus de la Révolution française, qui deviendront les vecteurs d'une modernisation sociale et politique, apparaît celui qui veut que « *Juger l'Administration c'est aussi administrer* ». Il est dès lors fait état de la nécessité de règles particulières à l'activité administrative. Le droit administratif français naît de la lutte entre les Parlements et les tribunaux. Dans un premier temps, cette lutte semble profiter aux parlements royaux : la séparation des pouvoirs est invoquée sous les auspices d'une « nécessité organisationnelle », la justice ne peut gêner le travail et la bonne marche administrative. Cette dualité juridique réclamée ne restera pas lettre morte et certains auteurs préfèrent y voir l'aboutissement de la théorie de la séparation des pouvoirs proclamée dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789. Cette séparation aurait donc acquis une mise en application concrète par les lois du 16 et 24 août 1790 selon lesquelles les « *fonctions judiciaires sont autonomes et demeureront toujours séparés des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelques manières que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leur fonction* ». Véritable acte de naissance du dualisme juridictionnel, la disposition sera proclamée cinq ans plus tard avec le décret du 16 fructidor de l'an III (notons dès à présent qu'il faudra attendre le 20ème siècle pour que ce dualisme juridictionnel acquiert une consécration constitutionnelle avec la décision du Conseil

Constitutionnel de 1987<sup>1</sup>. C'est la consécration de ce dualisme juridictionnel par l'arrêt Bianco de 1873 qui constitue pour certains théoriciens le véritable acte de naissance du droit administratif. Cet arrêt vient reconnaître une responsabilité de l'État régi par un droit exorbitant du droit commun. Ceux-ci argumentant par la suite que le droit administratif français se construit et se développe avant tout autour du droit de la responsabilité de l'État, véritable noyau dur du droit administratif français. Au cours du 19<sup>ème</sup> siècle le Conseil d'État, en créant le droit soumettra l'administration jacobine à la légalité, lui imposant la renonciation de ses traditions les plus autoritaires. Le Conseil d'État devient l'instrument et l'accompagnateur des progrès du libéralisme politique.

Le droit administratif français, est donc perçu comme le vecteur d'un État de droit concrétisé et abouti. Celui-ci a su encadrer l'action de l'Administration en la cantonnant peu à peu à son rôle de serviteur de l'intérêt général. Le droit administratif français est décrit par la doctrine comme un droit admiré dont on vante les « *mérites d'un droit à la recherche d'un équilibre subtil entre les nécessités de la satisfaction de l'intérêt général par des moyens exorbitants, des prérogatives de puissance publique et la protection des particuliers contre l'arbitraire* »<sup>2</sup>

L'Administration si elle dispose de prérogatives fortes (ses actes ayant force exécutoire) justifie ce pouvoir par son essence même, celle de la mise en œuvre de l'intérêt général. Condition essentielle à la poursuite de l'intérêt général, l'Administration doit s'élever au dessus du citoyen et disposer de la « puissance publique », ses décisions obligent sans qu'elle n'ait à obtenir l'assentiment des intéressés. Ainsi quiconque veut appréhender l'Administration française devra faire siennes les notions d'intérêt général, de prérogatives de puissance publique. Tels sont les maîtres mots de la machine administrative française. Elle est ce pouvoir s'élevant au dessus des citoyens afin d'assurer leur bien être, « *(ce) pouvoir immense et tutélaire qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, prévoyant et doux* » selon les propos d'Alexis de Tocqueville.<sup>3</sup>

---

1 Décision n° 86-224 DC 23 janvier 1987- Conseil de la concurrence.

2 Yves Poirmeur, et Emmanuelle Fayet in *La doctrine administrative et le juge administratif, la crise d'un modèle de production du droit*. 2001 p1.

3 Alexis de Tocqueville, *Démocratie contre despotisme* (1840).

Outre-Atlantique, l'Administration ne repose pas sur des principes de philosophie politique mais elle se fonde sur une vision empirique.

### ***A) Histoire et préceptes idéologiques de l'administration aux États-Unis : de la régulation à l'Administration***

---

L'histoire de l'Administration américaine se distingue de celle de son homologue française du fait de sa modernité et de l'esprit pragmatique qui l'accompagne. La doctrine qui l'étudie et la décrit est encore récente et éparse. Les premiers traités de droit administratifs ne seront rédigés qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Les professeurs Davis, Schwartz, Breyer ou encore Mashaw s'efforcent de définir une matière en vain car encore mouvante ; ces traités deviendront inutilisables du fait de l'évolution rapide de la matière administrative outre-atlantique, notamment du fait de l'adoption en 1946 de l'Administrative Procedure Act qui constitue selon certains, le point de départ d'une Administration moderne aux États-Unis. Il sera grandement question de cette loi qui forme désormais le cadre référentiel de la pratique administrative aux États-Unis et qui introduit dès 1946 des méthodes de participation du citoyen. Il convient cependant de maintenir un certain suspense éveillé et de s'intéresser dans un premier temps à la construction de l'Administration américaine.

L'administration américaine ne se fonde pas sur de grands idéaux mis en œuvre en principe de gouvernement. Elle naît de la nécessité, celle de réguler le commerce entre les États. Sa naissance est donc le fruit de l'indispensable régulation. L'administration américaine naîtra dans la pratique et ne dispose pas d'une boîte à outil doctrinal au préalable. La doctrine ne joue qu'un faible rôle aux États-Unis, elle s'illustre notamment d'un manque d'unité qui peut la rendre impraticable. « *Ce manque d'unité trouve son explication dans la façon dont le droit administratif s'est développé, c'est-à-dire sans normes d'ensemble et selon les besoins du moment. Mais cela tient aussi au fait qu'aux États-Unis il n'y a pas vraiment de contre-partie à ce que l'on appelle la science du droit ou*

*la doctrine* »<sup>4</sup>

L'administration apparaît donc aux États-Unis avec la prise de conscience d'une nécessaire régulation. En 1877, dans l'arrêt *Munn v. Illinois*, la Cour vient confirmer la constitutionnalité d'une loi dont le but est l'organisation de l'usage d'un bien privé, affirmant que dès lors qu'il apparaît évident qu'une activité privée possède un intérêt public général, celle-ci pourra être soumise à un plan de réglementation administrative. Presque dix ans plus tard, cette idée connaît une consécration avec l'arrêt *Wabash* de 1886 qui met en lumière la notion de « l'impérieux catégorique » pour refuser aux agences mise en place par les États la compétence de réguler les tarifs du transport ferroviaire inter-étatique. Le Congrès vote alors l'*Interstate Commerce Act*, loi consacrant la compétence fédérale en ce domaine et qui fait naître un organe administratif indépendant, l'Interstate Commerce Commission (ICC) le 4 février 1887 afin de mettre en place cette régulation. La création de l'Interstate Commerce Commission est souvent présentée comme la naissance d'un système administratif moderne aux États-Unis. Ce modèle constituera le modèle sur lequel se dessinera le système administratif américain. La régulation s'établit donc « *par des organes administratifs spécialement créés pour accompli cette tâche* »<sup>5</sup> Ces organes se sont les « agences » qui vont se constituer progressivement selon le modèle de l'ICC . Elles constituent la particularité du modèle américain et il est alors nécessaire de décrire succinctement leurs modalités de fonctionnement.

---

4 Gloria Capt, in *Les procédures administratives en droit américain*, 1979 p12.

5 Bernard Schwartz, *le droit administratif américain*, 1952, p30 .

## ***B) L'agence ou « l'administration à l'américaine »***

---

### **1- Agence exécutive vs Agence indépendantes**

Comme l'explique Elisabeth Zoller, Professeure à l'Université Panthéon-Assas, spécialiste de droit américain, « le terme « agence », tel qu'il est utilisé aux États-Unis , est l'équivalent de la notion française « d'autorité administrative »<sup>6</sup>. La section 551 du Titre V du United States Code, se consacrant à l'organisation administrative du gouvernement fédéral définit la notion d'agence comme un terme s'entendant de « toute autorité du gouvernement des États-Unis, qu'elle soit ou non soumise au contrôle d'une autre autorité à l'exclusion du Congrès, des cours des États-Unis, des gouvernements des territoires ou possessions des États-Unis, du gouvernement du District de Columbia [...] »<sup>7</sup>.

Il existe deux types d'agences : à côté des agences exécutives (« executive agencies ») se trouvent les agences indépendantes (« independent agencies »). La distinction se fait quant à la relation que l'agence noue avec le président. Les agences exécutives sont formées de l'ensemble des départements ministériels, ainsi que des agences suivantes : le FBI (Federal Bureau of Investigation), la CIA (Central Intelligence Agency) et l'INS (Immigration and Naturalization Service). Ces agences exercent leur activité selon la volonté du président, qui nomme les employés dirigeants. Les agences indépendantes, comme leur appellation laisse à penser sont quant à elles soustraites des influences politiques. Leur indépendance est le résultat de trois conditions cumulatives. Premièrement l'élection de leurs membres se fait selon des procédures bipartisans associant le parti républicain et le parti démocrate. Deuxièmement, les membres de ces agences se voient pourvus de fonction à durée déterminée, la durée de leur mandat étant souvent supérieure à celle du mandat présidentiel. Enfin, les membres de ces agences indépendantes ne peuvent être demis de leur fonction que pour « cause », c'est-à-dire en cas de raison grave (comparable avec la

---

<sup>6</sup> idem

<sup>7</sup> 5 USCA § 551 (1966). On relèvera que le président n'est pas une agence au sens des dispositions de la loi sur la procédure administrative, *Franklin v. Massachusetts*, U.S. Mass 1992, 505 US 788

faute personnelle en droit français).

## 2- Les agences indépendantes, noyau dur du système administratif américain

Les agences indépendantes rassemblent des experts aux opinions variés. « *Chargées de trouver des solutions à des problèmes techniques complexes, juridiquement difficiles et politiquement sensibles, ces commissions d'experts se voient conférer la panoplie complète de tous les pouvoirs gouvernementaux nécessaires à la conception et à la mise ne œuvre des politiques publiques et de la régulation en générale. Elles exercent la fonction législative, investies qu'elles sont du pouvoir de prendre des règlements de portée générale ; elles exercent la fonction exécutives de par les pouvoirs administratifs dont elles disposent pour faire exécuter leur lois et règlements par la contrainte de sanctions, notamment pécuniaires ; elles exercent, enfin la fonction judiciaire dans la mesure où elles sont les juges des litiges qui les opposent à leurs administrés. Les agences indépendantes sont de petits gouvernements dans le grand gouvernement fédéral, pour ainsi dire.* »<sup>8</sup>

Les agences indépendantes dont l'acte de naissance est la création de l'ICC se multiplieront au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, notamment au cour de la période du New Deal inspiré par Roosevelt (1930-1944). Désireux de répondre aux graves conséquences de la crise de 1929 le gouvernement Roosevelt instaure une politique interventionniste et « [...] *l'agence indépendantes tendit à devenir le mode normal de régulation des marchés et de mise en œuvre des politiques publiques[...]* »<sup>9</sup>

Quelques unes des plus agences les plus puissantes voient le jour en cette période particulière de l'histoire américaine, parmi lesquels la *Federal Trade Commission*, dont la mission est de mettre en jeu le droit de la concurrence face aux pratiques commerciales déloyales telles que les trusts, ainsi que de mettre en place le droit de la consommation mis en place par le Congrès, la *Security and Exchange Commission* (SEC) dont le rôle est de contrôler la bourse et les opérations financières ou encore la *Federal Communication Commission* (FCC) ainsi que le *National Labor Relations Board* (NLRB). Les exemples sont nombreux, en 1940 les États-Unis disposent désormais de 51 agences

<sup>8</sup> Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* in RFDA 2004 p757.

<sup>9</sup> Préc.



indépendantes alors qu'ils n'en comptaient que 35 en 1929 selon Gloria Capt<sup>10</sup>. Durant cette période de l'histoire américaine : « *la philosophie interventionniste qui anima ces agences s'appuyait sur une conception toute nouvelle du rôle du gouvernement dans la société. Elle enseignait que c'est au gouvernement fédéral[...]qu'il appartient d'agir par l'intermédiaire de ses agences, en les chargeant d'identifier les problèmes économiques et sociaux rencontrés par la société et de trouver les moyens de les résoudre plutôt que d'en remettre la solution au jeu du libre marché et des intérêts privés* ». <sup>11</sup>

Le développement des agences fut considérable, une troisième vague de création d'agences voit le jour dans années 1960/1970 et il n'existe pas à ce jour de décompte de toutes les agences existantes, certains auteurs tels que Breyer & Stewart avancent que leur nombre dépasserait le millier.

## **Sous-Partie 2 : Le pouvoir réglementaire aux États-Unis**

---

### **§ Règlements vs Rules : rapide présentation du pouvoir réglementaire français.**

L'acte administratif unilatéral est le point d'aboutissement de la procédure non contentieuse. Il est « *l'acte juridique, édicté par une autorité administrative, qui manifeste l'emploi de prérogatives de puissance publiques, destiné à produire des effets de droit, indépendamment de l'accord de ses destinataires* »<sup>12</sup>. L'acte réglementaire est un acte unilatéral qui peut prendre la forme d'un décret émanant du chef de l'État ou du chef du gouvernement ou encore d'un décret délibéré en Conseil des Ministres, mais il peut également être un arrêté pris par des maires, des préfets ou bien encore des ministres. Enfin il peut être un acte émanant d'organismes collégiaux locaux à l'image d'un Conseil municipal. L'acte réglementaire est celui qui édicte « *une norme générale et impersonnelle,*

---

10 Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain* 1989.

11 Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* in RFDA 2004 p 757.

12 T. Larzul, *L'aboutissement de la Procédure* in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, sous la direction de Michel Fromont, Bibliothèque de droit public européen, Volume XIV, 2000 p156.

*s'appliquant à des catégories de destinataires envisagées abstraitement* »<sup>13</sup>. Il s'oppose à l'acte non réglementaire qui lui individualise le destinataire de l'acte. La distinction est moins aisée sur le continent américain. Le terme « rule » est imaginé de manière à pouvoir inclure un maximum d'hypothèses, ce qui brouille la frontière entre règlement et décision (« rulemaking » and « adjudication ») (A) permettant ainsi à l'Administration américaine de disposer de la procédure la plus adéquate sauf si la loi habilitant l'organe administratif à édicter des actes ayant force de loi n'impose une procédure particulière. Le pouvoir de faire des règles ayant force de loi étant aux États-Unis, un pouvoir délégué (B).

### ***A) « Rule » vs « order », une frontière ténue . Les ambiguïtés dues à la concentration des fonctions aux mains des agences***

---

Le juriste européen peut éprouver quelques difficultés dans l'appréhension de la notion de règlements en droit américain. En effet outre Atlantique, le règlement s'applique à « *un nombre indéterminé de personnes ou d'institutions, à un nombre déterminé de personne ou d'institutions, à des personnes ou institutions expressément désignées ou à une seule personne ou institutions* »<sup>14</sup>. Un règlement qui pourrait être d'application particulière apparaît contre nature au juriste français habitué à distinguer selon les destinataires particuliers ou non d'un acte administratif la décision d'un règlement. Cette difficulté est d'autant plus troublante du fait d'une ambiguïté propre au système administratif américain, celle de la concentration des fonctions judiciaires et législatives au sein des agences. En effet, les agences administratives américaines peuvent mettre en œuvre une procédure de « rulemaking » ou une procédure d'adjudication. L'agence entame une procédure de « rulemaking », lorsque agissant telle une législature, elle promulgue des règlements (« rules ») qui au même titre qu'une loi toucheront un grand nombre de personnes. Elle est dite engagée au cœur

---

<sup>13</sup> *Préc.* P157.

<sup>14</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, 1989 p 59.

d'une procédure d'adjudication quand, à la manière d'une cour, elle rend des décisions (« orders »). Ce cumul des fonctions fait que parfois la frontière est ténue entre la décision et le règlement. En effet, l'agence peut au cours d'une procédure d'« adjudication » adopter un règlement, c'est le cas lorsque décidant pour un cas individuel, la décision qu'elle prend est réputée valable pour tout autre administré qui se trouverait dans une situation similaire à l'avenir. L'administration peut donc choisir d'user d'une procédure de « rulemaking » ou d'« adjudication » afin d'édicter son règlement. Selon les circonstances et les garanties procédurales exigées pour l'une ou l'autre des procédures, une agence pourra donc être tentée de privilégier l'utilisation de l'une des deux procédures selon ses intérêts<sup>15</sup> et ainsi adopter un règlement par la voix de l'adjudication. Cela dit, l'usage de cette méthode d'exception fait figure d'exception et elle peut être interdite si la loi d'habilitation oblige à user de la procédure du rulemaking. Finalement, afin de distinguer le règlement de la décision en droit américain, il est inutile de se fonder sur la méthode bien connue du juriste français consistant à identifier une structure abstraite ou concrète et/ou une structure générale ou individuelle, mais il faut questionner les effets futurs de l'acte en question. Le règlement (« rule ») concerne un comportement futur auquel il est fourni un régime juridique alors que la décision (« order ») vise un comportement présent ou passé dont elle se veut définir les conséquences juridiques. Une « rule » est donc « *une règle d'application générale ou particulière avec un effet futur* »<sup>16</sup>

## ***B) Le pouvoir de faire des « rules », un pouvoir délégué***

### **1-La fiction de la théorie de la non-délégation et le principe de la délégation des pouvoirs.**

Si en France, l'Administration détient ses compétences réglementaires soit des lois

---

<sup>15</sup> Evelyn R Sinaiko, *Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking*, California Law Review Vol 63, No4, Jul 1975, p 886-925

<sup>16</sup> Gloria Capt, *les Procédures administratives en droit américain*, 1989 p60 .

constitutionnelles, soit des lois ordinaires, aux États-Unis, l'Administration ne se voit offrir cette compétence que par le biais de lois ordinaires. Il n'existe pas comme en France de pouvoir réglementaire inhérent. Quiconque veut étudier le pouvoir réglementaire aux États-Unis doit alors s'affairer à un examen des délégations des pouvoirs à l'Administration par le Congrès. Cette particularité trouve son fondement dans l'attachement au principe de séparation des pouvoirs. De ce principe découle l'interdiction absolue faite au Congrès de déléguer ses pouvoirs législatifs. Cette interdiction s'accommodera cependant rapidement aux nécessités, au point de finalement devenir une interdiction de principe seulement. Ainsi la pratique de délégation des pouvoirs aux autorités réglementaires se répand rapidement mais elle sera l'origine de nombreux débats et controverses jusqu'à ce jour. Aussi elle met en lumière certaines des particularités du système administratif américain ; de ce fait il semble intéressant de s'y intéresser d'un peu plus près. « *Si du principe de la séparation des pouvoirs les tribunaux déduisirent l'interdiction de déléguer tout court, les pouvoirs législatifs et judiciaires furent toujours délégués à certaines agences, peu après la Constitution de l'État américain par les lois qui les instituaient* » en effet « *La Cour Suprême et les tribunaux supérieurs ne cessèrent jamais d'invoquer la doctrine de la non délégation sous forme d'obiter dictum mais ne l'utiliseront que rarement comme fondement de leur décisions. En réalité ils trouvèrent toujours le moyen de justifier la délégation* »<sup>17</sup>

Certains auteurs restent persuadés que cette doctrine n'a pas été oubliée, certains arrêts de la Cour Suprême la rappelant de temps à autres<sup>18</sup>, ils affirment alors que la doctrine est « dormante » et qu'un jour peut être la Cour sanctionnera de nouveau les délégations du Congrès. Ainsi le débat fait rage entre les partisans de « l'école nouvelle » prêchant en faveur de la réhabilitation de la doctrine comptant parmi ses rangs le professeur Koch , et ceux de « l'école traditionnelle » militant pour l'abandon de cette doctrine , dont le professeur Davis s'illustre comme l'un des plus fervents représentant. Ceux qui s'en tiennent à la doctrine de la non-délégation et veulent la voir réaffirmée

---

17 Gloria Capt, *Les Procédures Administratives en droit américain* 1989, p28.

18 En 1935 avec les arrêts *Panama Refining Co v Ryan* et *A .LA Schechter Poultry Corp v US* , en 1936 avec l'arrêt *Carter v Caste Coal Co*

invoquent les effets pervers des délégations de pouvoir, elles seraient à l'origine d'une déresponsabilisation des parlementaires. Ceux-ci déchargés de certaines tâches pourraient alors se lancer pleinement dans la course à la popularité en vues des prochaines élections, aussi lorsque les réglementations s'avèrent défailantes, ces mêmes parlementaires pourront se cacher derrière les agences (alors que bon nombre d'entre eux ne manqueront pas de s'attribuer les mérites d'une réglementation ayant obtenu les ferveurs citoyennes). L'argument cimentant la doctrine de la non-délégation avancé par Locke et repris par J.Story est celui qui consiste à dire que déléguer le pouvoir législatif revient à violer la confiance et le mandat donné par le peuple à ses représentants qui se déchargent de leur fonctions auprès d'agents administratifs non élus. Enfin dernier argument fournit par l'école nouvelle, celui du silence de la Constitution. Ceux ci estiment que la Constitution étant muette quant à la question des délégations, les interdit. Ce même argument du silence de la loi est également repris par les détracteurs de la doctrine de la non-délégation. La même cause produisant l'effet inverse donc : ceux là maintiennent que si la Constitution ne les interdit pas expressément alors les délégations législatives peuvent être mises en œuvre chaque fois que la nécessité le justifie. Le silence de la loi serait « *une autorisation tacite de déléguer* » selon les termes du Professeur Davis.<sup>19</sup> Parmi les avocats de l'abandon de la doctrine de la non-délégation, certains vont jusqu'à interpréter les travaux préparatoire de la Constitution afin de prouver que les rédacteurs du texte de 1787 semblaient reconnaître qu'en dépit d'une stricte séparation des pouvoirs, une intrusion limitée de chaque branche du gouvernement dans les affaires des autres participe d'un équilibre des pouvoirs. Les partisans de la délégation argumentent ensuite en affirmant que cette pratique est bénéfique à la démocratie. Ainsi Jerry Marshaw écrit qu'en déléguant une partie de ses pouvoirs aux agences , le Congrès place alors ces agences sous l'orbite de la présidence, renforçant ainsi leur responsabilité. Le Président serait, selon cet auteur plus proche des préférences du public et de l'intérêt général , n'étant pas lié à une circonscription limitée, il s'exprime au nom de la nation entière. Peter Suck affirme lui aussi que la délégation est un élément

---

19 In Gloria Capt, *Les Procédures Administratives en droit américain*, 1989 p 32.

de la démocratie, en empruntant un raisonnement différent, (quoique se référant toujours à cette notion de proximité): il explique que les agences étant plus proches du peuple que ne l'est le Congrès, « *le public peut participer facilement sans le moindre coût à la confection des règlements par l'effet des dispositions qui aménagent la démocratie administrative à l'intérieur des agences, il n'a pas du tout les mêmes facilités à l'intérieur du Congrès* »<sup>20</sup>. Enfin dernier argument jouant en faveur des délégations : celui du pragmatisme cher au droit administratif américain. Les délégations seraient une réponse adéquate aux besoins d'un État qui se veut plus interventionniste. Elles offrent également une réglementation de meilleure qualité en permettant de mettre à profit les connaissances du terrain et des caractéristiques locales, une connaissance technique et scientifique plus adaptée, une proximité accrue avec les administrés et enfin une rapidité et une souplesse de mise en œuvre. Les délégations rendent donc possible une réceptivité accrue du gouvernement au désirs des citoyens.

Le débat qui agite ces deux écoles n'est cependant qu'un débat théorique : un grand nombre d'agences bénéficient des ces délégations législatives, aussi depuis près d'un siècle, la Cour Suprême s'en tient à la fiction de la théorie de la non délégation, celle-ci étant admise dès lors que le Congrès dans sa loi d'habilitation fixe avec intelligibilité les lignes de conduite de la mise en œuvre de ce pouvoir, cadre de conduite que l'agence ne pourra étendre ou restreindre à son gré. En réalité donc le débat se porte désormais davantage sur le contenu de ses lois d'habilitation que sur le principe même de la délégation législative.

## **2-La délégation des pouvoirs comme preuve du pragmatisme du droit administratif américain.**

Le pouvoir réglementaire doit être encadré, il a besoin de normes. Ses limitations doivent être données dans les lois d'habilitation organisant l'exercice du pouvoir exécutif, sinon quoi elles

---

20 Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* in RFDA 2004 p757.

seraient réputées inconstitutionnelles. Le législateur devra veiller à appliquer la doctrine *Schechter* qui fait figure de preuve de la mise en œuvre du pragmatisme américain en droit administratif. En effet cet arrêt ne rend pas impossible la délégation législative aux agences mais il vient confirmer le besoin de normes, et précise quelles exigences s'imposent au législateur quant à la rédaction de la loi d'habilitation. L'arrêt n'exige cependant pas du législateur que celui-ci procède à une formulation minutieuse des normes, les directives données aux agences peuvent être rédigées en de termes très généraux, sinon quoi le risque serait alors de perdre les avantages de la délégation. Ainsi par un habile équilibre, sont rendues impossibles les délégations « excessives » qui pourraient être perçues comme un abandon total du pouvoir législatif aux autorités administratives, une « abdication de la fonction législatives semblable à celle qu'impliquent les lois françaises ».<sup>21</sup>

*Ainsi, ce rapide exposé du déploiement de l'administration américaine a permis de mettre en lumière quelques premiers points communs et antagonismes entre les administrations française et américaine. Un événement qui contribuera à souligner d'autant plus de rapprochements et divergences est celui de la mutation de l'administration vers une « atténuation » de l'unilatéralité, notamment via l'usage de la participation quant à l'élaboration de l'acte réglementaire.*

### **Sous-Partie 3 : Deux continents, deux Administrations ; premières comparaisons**

---

A l'issue de cette présentation succincte de l'Administration américaine, il est aisé d'effectuer un premier travail de comparaison avec l'Administration française. Seront mis en avant les points de dissemblances et de ressemblances entre les deux méthodes de l'administration. De cette mise en parallèle des deux Administrations peut surgir le sujet de ce mémoire. En effet ayant été confrontées à la même demande d'un renforcement de la démocratie face au pouvoir

---

<sup>21</sup> Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* in RFDA 2004 p 757.

administratif, se met en place sur les deux continents de nouvelles méthodes voulant inclure le citoyen à l'élaboration de l'acte réglementaire.

### **§ Fondements : Idéaux vs Pragmatisme.**

Si les deux Administrations peuvent attribuer leur naissance en partie au fait du chemin de fer, les principes qui les fondent ne se ressemblent pas. Aux États-Unis, l'Administration et ses organes naissent de la nécessité, ils sont le résultat du pragmatisme du législateur américain. En France, la logique est toute autre puisque l'Administration naît d'une sophistication désirée de l'appareil gouvernemental. Il est élaboré par les juridictions administratives, il est donc un droit prétorien exorbitant du droit commun. Cette conception peut échapper quelque peu au juriste américain, exerçant dans un pays où l'État est soumis aux mêmes lois que le citoyen ordinaire, d'où la célèbre critique de Dicey, ce dernier évoquant les tribunaux administratifs comme des « *soit disant cours* », « *des tribunaux de fonctionnaires à tendance gouvernementale, influencés dans les litiges entre États et particuliers par des sympathies bureaucratiques et portés à considérer l'intérêt de l'État comme plus important que le strict respect des individus* ». <sup>22</sup> En France, cette spécialisation des tâches est jugée légitime, elle permet de protéger les prérogatives indispensables de l'Administration qui seraient méconnues devant les cours ordinaires. L'Administration est la gardienne de l'intérêt général, et de ce fait elle le juge du litige né de son propre fait ou de celui de l'administré. Sa position de juge et partie découle donc de « *la charge de l'intérêt général et de son droit exclusif à la définir* » <sup>23</sup>. L'Administration doit alors conserver une position souveraine et dispose de « *prérogatives de puissance publiques* » afin que son action ne puisse être remise en cause et ainsi que l'intérêt général soit continuellement assuré.

### **§ Une application différente de la séparation des pouvoirs (1/2).**

---

<sup>22</sup> In Bernard Schwartz, *Le Droit Administratif américain*, 1952 p6.

<sup>23</sup> Yann-Arzel Durelle Marc, *Le « citoyen administratif » : les données théoriques et historiques d'une quadrature* in RFDA 2008 p 7.



En traversant l’océan Atlantique, la notion de séparation des pouvoirs reçoit une interprétation différenciée. En France , le concept donne naissance à la séparation absolue des autorités judiciaires et administratives avec les lois du 16 et 24 août 1790 venant mettre fin à une lutte entre les Parlements royaux et les tribunaux. Le droit administratif devient un droit exorbitant du droit commun, il dispose de son propre juge à la fois arbitre et créateur de droit. La doctrine reçoit une application différente sur le rivage américain. Les États-Unis n’assistent pas à cette lutte entre les Parlements royaux et les tribunaux, au contraire l’histoire constitutionnelle américaine est témoin d’une constante coopération entre le législateur et les tribunaux dans la délimitation du pouvoir exécutif. « *Cette lutte en commun contre l’absolutisme monarchique a conduit à la situation actuelle dans laquelle les tribunaux anglo-saxon sont les égaux des deux autres branches du gouvernement.* »<sup>24</sup>

Cette application différente de la séparation des pouvoirs s’illustre également dans le phénomène de concentration des fonctions aux mains des agences américaines. Ce point ayant donné lieu à de violentes controverses en droit administratif américain mérite un paragraphe à part entière.

### **§ Une application différente de la séparation des pouvoirs (2/2) : La concentration des fonctions législatives et judiciaires au sein des agences.**

Les pouvoirs dévolus aux agences administratives américaines peuvent être comparés avec ceux traditionnellement mis en œuvre par le Parlement et les tribunaux. Plus qu’un simple organe de l’administration active, les agences apparaissent également et avec étonnement aux yeux du juriste français telle de véritables juridictions. Bernard Schwartz donne l’exemple de la Federal Trade Commission. Celle-ci détient le pouvoir d’appliquer les interdictions légales concernant la concurrence déloyale, elle régleme donc, mais elle possède également le pouvoir d’identifier si concurrence déloyale il y a eu de la part de telle ou telle compagnie, elle émet donc des décisions.

---

24 In Bernard Schwartz, *Le Droit Administratif américain*, 1952 p15.

## § Par delà les différences....

Les deux systèmes administratifs s'inscrivent dans une démocratie dite représentative. Les deux garantissent un contrôle juridictionnel de la légalité de l'action administrative. Tous deux répondent « *aux exigences essentielles d'un système adéquat de droit administratif en maintenant l'administration dans le respect de la légalité [...]. Ils ne diffèrent que par les organes juridictionnels à qui le contrôle est confié* »<sup>25</sup>. Ainsi les deux systèmes furent témoin, à des moments différents de leur histoire cependant, d'une évolution vers la mise en place d'une Administration moderne, ie d'une Administration répondant aux exigences d'un État de droit, via l'encadrement de la procédure de création réglementaire notamment.

L'étape suivante a semblé être celle de l'insertion de la participation des citoyens dans l'élaboration de l'acte réglementaire. Sur les deux continents, la marche vers une unilatéralité négociée dans le cadre de l'élaboration de l'acte réglementaire apparaît comme un nouveau moyen de contrôle, mais également un moyen de créer une norme de meilleure qualité, enfin elle est une réponse aux nouvelles exigences citoyennes dans une nouvelle ère que certains qualifieront de « postmoderne ». L'étude de la mise en œuvre des principes participatifs quant à l'élaboration de l'acte réglementaire aux États-Unis et en France témoigne de logiques et particularités juridiques propres à chacun des deux pays.

---

25 Bernard Schwartz, *Le droit administratif américain*, 1952 p10 .

# Partie 2 : Élaboration de l'acte réglementaire et participation ; la progressive mise en place d'une unilatéralité négociée aux États-Unis et en France

---

États-Unis et France voient tout deux leur droit administratif constamment évoluer. Les deux droits sont des droits de source jurisprudentielle. Cependant aux États-Unis, les choses changent en 1946 avec l'adoption de l'Administrative Procedure Act, qui opère une « quasi-codification » du droit administratif américain, à laquelle survivra cependant le juge administratif et alors le droit administratif américain reposera sur un tandem loi/jurisprudence. Le législateur américain en 1946 procède donc à un bouleversement du droit administratif américain, son but était d'imposer de nouvelles exigences de participation et de transparence ainsi que d'impartialité et de responsabilité à l'administration active. Le législateur américain cherche dès 1946 à assurer « *la garantie d'une certaine équité dans le processus administratif et la preuve que l'adoption du règlement est le résultat d'une réflexion mûrie* »<sup>26</sup>. La procédure non contentieuse deviendra alors le « *pilier de la démocratie administrative américaine* »<sup>27</sup>. En France la thématique de la démocratie administrative s'insère plus tardivement dans la pratique du droit administratif. Les exigences de participation du citoyen dans l'action administrative recevront un traitement par le législateur presque quarante ans plus tard.

---

26 Gloria Capt, in *Les Procédures administratives en droit américain*, 1989 p 74 s'appuyant sur les propos de la Cour Suprême dans son arrêt *NRLB vs Wyamn Gordon Co* (1969).

27 Dominique Custos, in *Droit administratif français et américain, sources et procédures* in RIDC 2007 vol 2 p 285.

## Sous-Partie 1 : Élaboration de l'acte réglementaire et participation aux États-Unis

---

§ Du « due process of law » à l'APA : « *le commencement d'une ère nouvelle dans le droit administratif des États-Unis* »<sup>28</sup>.

Le concept du « due process of law » met en lumière une volonté précoce de dialogue dans la pratique administrative américaine, celui-ci réclamant qu' « aucune personne ne peut être privée de la vie, de la liberté, ou de sa propriété sans qu'un minimum de mesures de procédures ne soit observé »<sup>29</sup> oblige à la notification et à la reconnaissance du droit pour les intéressés d'être entendu de manière équitable et impartiale. Pour autant celui-ci était dans un premier temps inapplicable à la matière réglementaire, il faudra attendre 1946 et l'adoption de l'Administrative Procedure Act (APA) pour que l'exigence de garanties telle le droit à une audition administrative ne s'étende à la confection de règlements. Le besoin de réagir face à la conscience des possibles dérives d'une administration insuffisamment contrôlée se faisait ressentir. Le Président Roosevelt en 1939 nomme une Commission : l'Attorney General's Committee qui regroupe des juristes reconnus, des universitaires ou encore des administrateurs auxquels il est demandé d'analyser les défaillances de la procédure administrative ainsi que de réfléchir aux réformes souhaitables. Véritable enquête sur les pratiques du pouvoir administratif aux États-Unis, le rapport final de ce comité est publié en 1941. Il aboutit à l'adoption de la loi sur la procédure administrative, « The Administrative Procedure Act (APA) », adoptée à l'unanimité par le Congrès et signée par le Président Truman le 11 juin 1946. La Commission Brownlow en 1937 avait emboîté le pas, si elle n'endiguait pas la création des agences elle marquait cependant un tournant et un point de départ des efforts initiés afin de réconcilier les agences avec les principes de la démocratie. Celles-ci se sont multipliées à tel point qu'elles suscitent alors certains doutes et questionnement à propos de leur légitimité. En effet,

---

28 Vanderbilt, in *The Federal Administrative Procedure Act and the Administrative agencies 1974* cité par Bernard Schwartz in *Le droit administratif américain*, 1952, p 109.

29 Bernard Schwartz, *La procédure administrative aux États-Unis*, in RIDC vol 3 N°2, Avril Juin 1951 pp251-261.

de prime abord les agences fédérales s'écartent des exigences démocratiques : « *Elles sont à l'origine d'une foule de règlements (rules) qui sont en fait des lois (laws) dans la mesure où elles obligent par la contrainte les citoyens dans les domaines les plus divers, mais des lois qui sont élaborées par des experts que le sens commun voit plutôt comme des bureaucrates dénués de la moindre onction de suffrage populaire. D'autre part, elles appliquent les règlements en toute indépendance en sanctionnant souvent lourdement ceux qui y contreviennent sans avoir de compte à rendre à personne dans la mesure où leur dirigeants ne peuvent être révoqués de leur fonction que pour « cause », c'est-à-dire pour une raison précise et limitée qui équivaut à la faute personnelle* »<sup>30</sup>. Il y aurait donc un « double déficit démocratique » du fait de la multiplication de ces agences irresponsables devenues un « *quatrième pouvoir sans tête dans l'État* »<sup>31</sup>. L'APA témoigne de cette évolution vers un encadrement du rulemaking administratif. L'un des objectifs de l'APA est celui d'obliger les agences à fonctionner de manière démocratique dans l'élaboration des règlements qu'elles prennent puis appliquent. Le Congrès souhaite que les procédures et les modes de fonctionnement soient les plus démocratiques possibles. Ses rédacteurs ont pour mission d'introduire par le biais des procédures de consultations des milieux intéressés et des administrés plus de démocratie dans le procédé administratif, notamment via l'introduction de mécanismes participatifs. Un nouveau modèle, celui de la représentation des intérêts (« the interest representation model »<sup>32</sup>) qui se veut être le pourvoyeur d'une légitimité des pouvoirs administratifs via la représentation des intérêts auprès des preneurs de décisions, voit le jour. Si l'article 553<sup>33</sup> de l'APA, imposant à toute agence prenant une décision de laisser s'exprimer les intérêts concernés par celle-ci est le point de départ de la participation du public à la procédure administrative, il sera progressivement mis en place d'autres procédés garantissant aux citoyens un accès à la procédure d'élaboration du règlement.

---

30 Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* RFDA 2004, p 757.

31 Préc.

32 JB Auby, *Droit administratif et démocratie, in Droit administratif* n° 2, février 2006, Étude n° 3.

33 Cf annexe document n°2.

## ***A) L'APA, l'annonce d'une nouvelle ère participative ?***

---

*« L'agence doit donner à toute personne intéressée la possibilité de participer au processus d'élaboration des règlements en acceptant la présentation par écrits de toutes les données d'informations ou de toute opinion , ou de tout argument, assortie ou non de la possibilité d'en faire une présentation orale » Section 553(c) de l'APA.*

Ainsi l'APA consacre la participation publique qui devient alors la pierre angulaire de la procédure réglementaire américaine. Réelle arme aux mains des administrés américains contre l'arbitraire administratif, celle-ci existait avant que l'APA ne la codifie et ne la rende obligatoire, les agences n'y recouraient pas systématiquement, certaines restaient même réticentes. Désormais obligatoire, la participation publique s'organise différemment selon la procédure d'élaboration du règlement : elle est en générale écrite dans le cadre d'une procédure informelle (a), elle sera obligatoirement orale lorsqu'une loi d'habilitation impose le recours à la procédure formelle (b). Aussi l'APA introduit de nouveaux procédés participatifs tel le droit de pétition (c).

### **1- La procédure informelle : « informal rulemaking »**

Elle est la procédure la plus utilisée, autrement dénommée la procédure du « notice and comment » elle doit son qualificatif de procédure dite « informelle » car elle est celle qui est la moins formalisée et qui logiquement laisse une plus grande liberté de manœuvre à l'Administration. Trois garanties procédurales sont obligatoires au cours de cette procédure : il s'agit dans un premier temps d'avertir le citoyen du projet de loi par l'avertissement préalable (notice), puis de garantir un droit de participer par écrit aux citoyens avertis (comment). Enfin la troisième et dernière obligation est celle concernant la publication du règlement final qui devra s'accompagner d'un exposé des dispositions légales sur le fondement desquelles le règlement a été adopté ainsi qu'un exposé de ses buts (« statement of basis and purpose »). Cette procédure possède l'avantage de sa souplesse, elle

est aisément adaptables aux circonstances de chaque cas d'espèces. L'Administration peut de sa propre initiative imposer des garanties supplémentaires. Dans le cadre de notre étude quant à l'atténuation de l'unilatéralité dans l'élaboration des règlements, il importe plus particulièrement de s'intéresser aux procédés ayant lieu avant la formulation du règlement, ainsi sera laissé de côté la publication du règlement pour se concentrer plus particulièrement sur l'obligation d'informer et de recueillir des commentaires.

### **1- 1. L'obligation d'informer (notice)**

#### **§ Buts.**

L'obligation d'informer via la publication de l'avis d'information serait « *l'élément principal de la procédure du rulemaking car il déclenche la participation des administrés* »<sup>34</sup>. L'un de ses buts, sinon son principal est donc celui de rendre possible la participation. En les informant de l'intention de modifier ou d'abroger un règlement, l'avis d'information s'érige en véritable « carton d'invitation » offert aux administrés afin que ceux-ci prennent part à la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire, en transmettant par écrit leur commentaires et observations, leur critiques ou encore leur propositions de solutions alternatives. L'obligation de publication d'un avis d'information est également un moyen de contrôle exercé sur les administrateurs qui n'ont pas été élus et qui ne sont donc pas responsable devant le peuple. L'avis d'information les oblige à justifier l'usage de leurs pouvoirs quasi-législatifs auprès du public.

#### **§ Contenu de l'avis.**

Les obligations quant au contenu de l'avis d'informations sont régies par l'article 553 (b) de l'APA ainsi que par l'ordonnance exécutive n° 12 291 promulguée par le président Reagan (celle-ci ne lie cependant que les agences indépendantes s'y étant librement soumises), enfin la jurisprudence est

---

<sup>34</sup> Professeur Koch (1985 p200), cité par Gloria Capt in *Les procédures administratives en droit américain*, 1989 p 73.

venue préciser ces obligations. L'avis d'information doit informer du contenu de la règle projetée. L'agence peut publier le texte complet ou un résumé du règlement qu'elle souhaite adopter, le résumé devant présenter les objectifs que le règlement souhaite atteindre ainsi que le problème qu'il se propose de solutionner. En pratique, les agences préfèrent souvent publier un projet de règlement trop complet ; celles-ci craignant en cas contraire de se voir accusées de l'omission d'un élément essentiel à ce premier dialogue entre l'administré et l'Administration, et donc de voir leur règlement final annulé. La jurisprudence impose à l'Administration que celle-ci communique dans son avis d'information les méthodes utilisées et les données qui ont été prises en compte quant à l'élaboration de chaque projet de règlement. Ce principe est posé dans l'arrêt *United States v Nova Scotia Food Products Corp* datant de 1986. Dans cette affaire un règlement de la FDA (Food and Drug Administration) fut annulé au motif que « *en choisissant de ne pas révéler toutes les données scientifiques qu'elle a utilisées pour parvenir à sa décision, l'agence a fait un choix qui équivaut à rejeter toute possibilité de commenter le règlement litigieux* ». Cette jurisprudence oblige donc l'Administration à mettre en lumière l'ensemble des éléments techniques qui la conduise à prendre une telle décision. Souvent ces éléments sont composés de notions techniques difficiles à appréhender pour le profane et sont alors reportés en annexe à la fin du projet de règlement.

Aussi l'avis d'information doit informer des bases légales sur lequel le règlement proposé se fonde. L'obligation est posée dans l'arrêt *Global Van Lines Inc v ICC* (1983). Dans ce cas d'espèce un règlement pris par l'ICC visant à lever les restrictions pesant sur les transporteurs de fret se voit annulé puisque en omettant de préciser la base juridique justifiant le règlement litigieux, l'agence a privé les parties concernées de la possibilité de présenter certains arguments. Cette exigence de faire référence aux dispositions légales fondant le règlement à adopter oblige l'agence ayant reçu une délégation de pouvoir à informer précisément de cette délégation lui donnant le pouvoir d'adopter ledit règlement sinon quoi celui ne pourra se pourvoir de la force de loi.



## 1-2. L'obligation de recueillir des commentaires (comment)

Au terme des conclusions de l'arrêt *American Hospital Ass'n v Bowen* « le droit reconnu au public de faire des observations et d'apporter des commentaires a pour but de s'assurer que l'agence a eu devant elle tous les faits pertinents et toute l'information relative au problème administratif particulier qu'elle devait résoudre et que des solutions alternatives à celle finalement retenue ont pu lui être suggérées »<sup>35</sup>. De ce fait le juge censure les procédures dans lesquelles les administrateurs n'ont pas pris en compte « les observations importantes »<sup>36</sup>, ou les « commentaires substantiellement argumentés »<sup>37</sup> provenant du secteur privé. Il pèse donc sur l'agence une véritable obligation de recueillir les commentaires, l'article 553 (c) impose à l'Administration qu'elle prenne connaissance et réponde aux commentaires envoyés par le public durant le délai légal prévu à cet effet. Cette obligation ne saurait imposer à l'agence de donner réponse à la totalité des observations et commentaires reçus, mais elle se doit de prendre en considération ceux suffisamment importants, qui sont ceux dont la mise à l'écart provoquera chez le juge un doute quant à la validité de la procédure. En effet selon les propos de la Cour dans l'arrêt *Nova Scotia Food Products Corps* : « ce n'est pas suivre une procédure pleinement raisonnée que de laisser complètement sans réponse les questions vitales soulevées dans les commentaires substantiellement étayés par les parties ». De cette exigence naît le besoin de tenir un dossier administratif (« administrative record ») rassemblant les éléments d'information sur la procédure d'élaboration du règlement. Au terme des conséquences de l'affaire *Citizen to Preserve Overton Park Inc v Volpe* 1971, l'agence doit être en mesure de présenter la totalité du dossier administratif lorsque le règlement est mis en cause devant la justice, afin de prouver qu'elle a suivi une procédure « pleinement raisonnée ».

« A autoriser commentaires sur commentaires, le risque est grand que la procédure ne s'enlise et

---

<sup>35</sup> *American Hospital Ass'n v Bowen*, 834 F.2d 1037, 1044 (D.C. Cir. 1987)

<sup>36</sup> *United States v Nova Scotia Food Products Corps* 1977

<sup>37</sup> *Portland Cement Ass'n v Ruckelshaus* 1973

que le règlement initial ne puisse jamais voir le jour. »<sup>38</sup> En effet, si la procédure des commentaires devait être poussée à l'extrême, les dangers sont de se voir confronter à une situation dans laquelle les changements demandés seraient d'une telle ampleur, qu'il serait alors nécessaire de mettre en place une deuxième procédure de soumission aux commentaires de ce « nouveau règlement ». « Mais, d'un autre côté, il ne faut pas empêcher l'agence de tirer profit des commentaires reçus et de modifier son projet en conséquence. »<sup>39</sup> Ainsi la jurisprudence est venue concilier ces deux exigences : si au terme des commentaires reçus et des modifications apportées en conséquences par l'agence, le juge considère que le texte final est bien « la conséquence logique du projet initial », alors il n'y a pas matière à réitérer le procédure (ie publication d'un avis d'information et sollicitation de nouveaux commentaires). Si le texte final diffère trop du projet initial, l'agence devra se soumettre une nouvelle fois à un « round de commentaires ». Ainsi s'exprime la Cour dans son arrêt *Amercian Frozen Food Institute v Train* 1976. La marge d'appréciation laissée au juge est donc grande.

## 2- La procédure formelle : « formal rulemaking »

La procédure formelle est une « procédure contradictoire qui est [...] identique à celle qui se déroule devant un tribunal ordinaire [...] »<sup>40</sup>. Quasiment similaire à la procédure mise en place lorsque l'Administration prend une décision (« order »), la procédure formelle est utilisée lorsqu'il s'agit de réglementer un nombre restreint d'administrés ou d'institutions. L'usage de cette procédure ne s'impose à l'Administration que si le législateur l'a rendue obligatoire dans les termes de la loi d'habilitation (si la loi d'habilitation est silencieuse la procédure sera généralement informelle à moins que l'Administration, de son propre gré, décide d'adopter une procédure formelle). Seule la phase de participation des administrés se distingue de la procédure informelle, les phases de l'avertissement préalable et de la publication étant identiques. Selon cette procédure, le règlement ne pourra être adopté qu'après qu'il ait été tenu une audience publique (« hearing »).

---

38 Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* RFDA 2004, p757.

39 Préc.

40 Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, 1989 p22 .

La procédure formelle se distingue de sa consœur dite informelle du fait de son caractère oral ainsi que de l'obligation faite aux décideurs publics de prendre en considération les informations qui ont été réunies au cours de l'audience. La mise en place puis le déroulement de l'audience sont minutieusement régis par les sections 554, 556, 557 de l'APA. Celle-ci doit se dérouler devant un juge administratif et devra permettre à tous les citoyens désireux de s'exprimer et de prendre part à la procédure d'élaboration du règlement de présenter leur(s) argument(s) .

### **2-1. L'officier-auditeur, juge d'un « débat-procès »...**

L'audience doit être présidée par un officier-auditeur (« hearing officer »), qui transmettra ensuite le résultat des discussions à ceux qui au sein de l'Administration ont autorité pour prendre la décision. Sa mission est d'ampleur : « *il est nécessaire que la preuve soit entendue et que les faits soient communiqués à la direction de l'organe administratif par un officier sur lequel reposera la confiance publique à la fois à cause de sa capacité de saisir la matière et à cause de l'impartialité avec laquelle il traite* »<sup>41</sup> . La procédure de l'audience publique n'est pas de type inquisitoire, le rôle de cet officier-auditeur est avant tout un rôle d'arbitre entre les parties. Bernard Schwartz évoque l'analogie avec un juge des affaires civiles en France. Il est d'importance vital que ce président d'audience soit impartial. Dans de nombreux cas cependant, il a pu être constaté ce que Landis (auteur de *The Administrative Process*) appelle un « *penchant normal* » des fonctionnaires en faveur de la politique de l'Administration. Si ce « *penchant des fonctionnaires* » semble irrémédiable, des efforts ont pu être entrepris afin de tendre vers toujours plus d'impartialité. Ainsi il a été mis fin à la coutume qui faisait de l'officier-auditeur avant tout un serviteur de l'administration, à la solde de son bon vouloir quant à l'avenir de sa carrière, celui-ci étant nommé et déplacé à la discrétion de l'administration. L'APA a voulu rendre ces officiers-auditeurs plus indépendants et dispose que ces

---

41 Bernard Schwartz, *Le droit administratif américain*, 1952 p76.

derniers ne pourraient être déplacés que pour une raison valable, devant être établie et déterminée par un organisme indépendant (Civil Service Commission) après que l'officier ait pu être entendu.

## **2-2. ...ouvert à tous.**

Le déroulement des audiences diffère selon les organes administratifs les organisant. Les audiences sont quasiment toujours publiques, les audiences privées devant être « *l'exception plutôt que la règle* »<sup>42</sup>. L'audience est ouverte par l'officier-auditeur qui devra annoncer les parties en leur nom et leur qualité. Ensuite, il procédera à un résumé des faits ressortant des plaidoiries, les parties donneront ou non leur accord à cette présentation et/ou peuvent tenter de modifier le propos. Au cours de la phase suivante de l'audience, l'avocat de chaque partie (si celles-ci ont décidés de se faire représenter par un avocat) a la possibilité de faire une déclaration. Enfin l'officier-auditeur regroupe les preuves écrites et se voit recevoir le serment et les dépositions des témoins. L'APA autorise le recours à une argumentation orale devant l'officier-auditeur : la section 556 (a) dispose que « *chaque partie a le droit de présenter son affaire ou sa défense par des preuves orales ou écrites, de soumettre des preuves en réplique et de procéder à tout contre-interrogatoire* »<sup>43</sup>. L'APA autorise le recours à l'avocat, reprenant ainsi la coutume qui avait lieu, à tel point qu'un grand nombre d'organes administratifs aux États-Unis ont finalement leur propre barreau d'avocats spécialisé ayant sa propre « bar-association », son journal spécialisé ainsi que son code professionnel.

## **3- Le droit d'initiative, section 553 (e) de l'APA**

La section 553 (e) de l'APA met aux mains des administrés américains un véritable droit d'initiative autrement appelé « droit de pétition ». Véritable billet d'accès au processus administratif, l'article

---

<sup>42</sup> Préc p76.

<sup>43</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, 1989 p 88.

dispose en effet que les citoyens américains puissent demander à l'Administration d'adopter, de modifier ou d'abroger un règlement. Cependant ce droit ne revêt une valeur que relative puisque sa violation n'est pas passible de sanction. L'Administration reste libre de prendre en compte ou d'ignorer la demande des administrés. Toutefois il convient de préciser que l'article 555 (e) de l'APA oblige l'Administration à motiver les raisons de son refus. La jurisprudence vient préciser cette obligation : L'Administration est « tenue d'examiner complètement et rapidement les pétitions qui lui sont soumises, de prendre les mesures qui semblent s'imposer, et [...] le cas échéant, de notifier au pétitionnaire le rejet de sa demande »<sup>44</sup>. S'ils sont restés pendant un grand nombre d'années à la totale discrétion des agences, désormais les rejets de pétitions subissent un contrôle juridictionnel, bien que la portée de ce contrôle soit limitée. En effet, le juge ne s'en tient qu'à s'assurer que « l'agence s'est suffisamment expliquée en justice des faits et des raisons pour lesquelles la pétition a été rejetée [...] »<sup>45</sup>. Les quelques rares fois où le juge ne saurait se contenter des arguments de l'agence, celui-ci ne lui ordonnera pas d'adopter la règle sollicitée, mais se contentera de lui retourner l'affaire en lui donnant « le choix entre soit expliquer sa décision de refus, soit engager une procédure de règlement »<sup>46</sup>.

## ***B) La mise en place d'une nouvelle ère participative : développements pratiques***

---

### **1- Les outils « intermédiaires »**

Lorsqu'elles élaborent un règlement via la procédure informelle les agences sont laissées libres de fournir des garanties supplémentaires voire même d'inclure dans cette procédure une certaine dose

---

44 WWHT, Inc v FCC 1981

45 National Ass'n of Regulatory Utility Com'rs v US department of Energy 1988

46 American Horse Protection Ass'n , Inc v Lying 1987

de participation orale ; la participation orale est alors « *un extra que l'administration peut aménager comme elle l'entend* »<sup>47</sup>. Elle peut mettre en place une audience informelle par exemple. Sans pour autant mettre en place une procédure d'audience publique (type « hearing ») puisque ces audiences peuvent s'avérer fastidieuses et coûteuses, l'Administration peut user d'outils participatifs intermédiaires. Ainsi elle peut procéder à l'envoi de questionnaires ou à la pratique des sondages, elle peut également instaurer une consultation par téléphone d'un panel choisi ou encore organiser des conférences avec les parties affectées par le projet de règlement, une agence peut également mandater l'un de ses fonctionnaires dans les États fédérés afin que ce dernier discute avec certains représentants de tel ou tel intérêt. Enfin il peut être fait appel à la pratique des jurys citoyens. Cette méthode sélectionne des échantillons aléatoires de citoyens qui formeront des jurés. Ils écouteront les témoignages, les rapports techniques des experts, les délibérations, et disposeront de quelques jours pour étudier en profondeur le projet de règlement, discuter de ce projet et tenter d'atteindre un accord. Contrairement à ce qui a lieu dans les audiences, dans ce cas les participants auront l'opportunité de questionner les experts ainsi que les décideurs publics.

## **2-La procédure négociée**

La procédure négociée est mise en place par la loi de 1990, The Negotiated Rulemaking Act , véritable outil de concertation elle est la « dernière née » du législateur américain.

L'initiative de la procédure négociée est laissée à la discrétion de l'agence, lorsqu'elle décide d'élaborer un règlement via cette procédure, l'agence doit alors en informer le public en publiant un avis dans le Federal Register. L'avis doit indiquer l'objet et la portée du règlement proposé, énumérer les intérêts susceptibles d'être touchés par ce projet de régulation, et enfin contenir la liste des personnes choisies afin de représenter ces intérêts. Aussi il doit être communiqué au public la possibilité que celui-ci détient de solliciter la nomination de telles autres personnes qui siégeront au

---

<sup>47</sup> Gloria Capt, *Les procédures administratives en droit américain*, 1989 p 87.

sein du comité de négociation. En effet, le règlement, selon la procédure négociée, doit être discuté, élaboré, puis finalisé au sein d'un comité de négociation, composé d'un panel de représentants choisis selon les intérêts mis en jeu par la régulation visée. Au sein de ce comité de négociation, l'agence ne bénéficie aucunement d'un statut particulier, elle n'est qu'un membre du comité parmi les autres. Aussi les débats ne sont pas menés par un membre de l'Administration mais un conciliateur, un « facilitateur » selon la loi de 1990 qui met en place la procédure négociée. Ce « facilitateur » étant formé à la technique de la discussion est celui qui aidera les discussion de façon impartiale, les discussions devant aboutir à faire émerger un consensus qui est selon la loi « *un accord unanime de tous les intérêts représentés* »<sup>48</sup>. Une fois le consensus atteint, si celui si est suffisamment fort pour convaincre l'Administration, le règlement élaboré en commun sera alors publié puis soumis aux commentaires selon la procédure classique précédemment décrite.

Le but de la procédure négociée, qui a été rajoutée à la procédure générale par la loi de 1990 est de créer un moyen de collaboration entre un secteur régulé, les groupes d'intérêts le composant et l'agence. Outil de concertation, la procédure négociée présente également un visage éducatif, offrant un réel espace de discussion dans lequel s'échangent les faits et les arguments qui orienteront la régulation. Cette procédure ne peut être mise en place pour tout type de règlement, elle suppose en effet un certain nombre de conditions, que le Negotiated Rulemaking Act énumère. Elle suppose par exemple de pouvoir regrouper une vingtaine de personnes, capable de représenter les intérêts affectés par le projet de réglementation, ces même personnes devant être désireuses et volontaires, s'engageant de bonne foi et prêtes à consacrer du temps à la recherche d'un consensus. Elle suppose également une conviction forte que le choix de ce type de procédure d'élaboration du règlement ne saurait faire naître un retard déraisonnable dans l'adoption du règlement et que le consensus pourra être atteint dans un laps de temps auparavant fixé, ce qui nécessite que les parties conviées à la discussion présentent un minimum de positions communes qui serviront alors de point de départ aux négociations.

---

48 5 USCA § 582(2)

Ainsi il a été exposé les différentes méthodes permettant au citoyen américain de prendre part à l'action administrative. Les dirigeants américains poursuivent cependant leur efforts. Le « e-rulemaking »<sup>49</sup> est désormais la nouvelle « best thing » après que la procédure négociée, passé son « effet de mode » ait fait ses premiers déçus<sup>50</sup>. L'Administration Clinton avait initié ce programme de participation citoyenne via l'outil internet avant que l'Administration Bush ne reprenne le créneau avec plus de vigueur, en faisant un de ses sujets de réformes prioritaires. Sera mis en place en 2003 le portail web « regulations.gov » qui permet aux citoyens de commenter de manière simple une réglementation proposée par une agence fédérale. Certains auteurs américains insistent alors pour que le gouvernement américain poursuive cette ligne de conduite et incite les agences à établir des possibilités de « forum de discussion » en ligne par exemple. Le citoyen américain est donc susceptible de se voir offrir de nouvelles possibilités participatives dans un avenir proche.

## Sous-Partie 2 : Élaboration de l'acte réglementaire et participation en France

---

Le droit administratif français de la procédure administrative non contentieuse ne dispose pas d'un droit codifié, aucun texte général n'est venu organiser cette procédure qui a longtemps été négligée. Des textes de caractères généraux viendront régir cette procédure qu'à la fin du XXème siècle. La procédure administrative non contentieuse française a tant été sous-estimée, que certains auteurs sont alors en mesure d'évoquer « une immaturité procédurale »<sup>51</sup> du droit administratif

---

49 Cary Coglianese, *Citizen Participation in Rulemaking : Past , Present and Future*, in Duke Law Journal vol 55 (2005-2006) p 943.

50 dont Cary Coglianese, cf *Assessing consensus : The promise and performance of negotiated rulemaking*, Duke Law Journal Vol 46-N°6, April 1997.

51 Jf Brisson, *Les principes de la procédure administrative en droit français* in *La procédure administrative non contentieuse en droit français* dirigé par Michel Fromont, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000 p76 .



français. Selon une majeure partie de la doctrine ce retard serait une caractéristique du droit administratif français, prouvant une fois de plus sa singularité. Les raisons de cette lenteur de l'Administration à penser un partage de l'élaboration de la décision avec le citoyen s'expliquent par un rapide regard à la tradition administrative française.

### ***A) Les lacunes de la procédure administrative non contentieuse et la progressive émergence des droits de la participation.***

---

#### **1-Les raisons du retard français en matière de procédure non contentieuse**

##### **§ Une procédure juridictionnelle hégémonique.**

L'« *avortement historique* »<sup>52</sup> de la procédure administrative non contentieuse est tout d'abord le résultat de la préférence qui a été faite quant à la procédure contentieuse, en effet « *convaincu de la supériorité du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif, on s'est seulement préoccupé de la procédure administrative contentieuse. La procédure non contentieuse a été complètement abandonnée* »<sup>53</sup>. Le recours pour excès de pouvoir a connu de nombreux progrès qui ont alors convaincu que le juge pouvant « *intervenir après coup pour redresser les décisions mal préparées et réparer l'administré blessé dans ses droits* »<sup>54</sup>, il n'était alors pas nécessaire de s'attarder sur les garanties préalables. Ainsi comme le résume Agathe Van Lang : « *Les notions de parties et de tiers sont d'un accès relativement difficile dans la procédure administrative non contentieuse française, pour au moins deux raisons : l'absence, d'une part de codification ou de loi générale de procédure administrative, nous prive d'une définition de ces termes qu'aurait pu proposer le législateur, à*

---

52 Préc.

53 Michel Fromont, *Les types de procédures administratives* in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000.

54 JF Brisson, *Les principes de la procédure administratives en droit français* in ouvrage précité p 77.

*l'instar de ce qui existe dans nombre de textes étrangers. D'autres part, une conception du droit administratif du point de vue contentieux, quasiment hégémonique, qui tend à réduire la notion de partie à celle de partie au litige »<sup>55</sup>.*

### **§ Une liberté nécessaire à la mise en œuvre de l'intérêt général.**

L'Administration afin de mettre en œuvre l'intérêt général a besoin de pouvoir. L'Administration française doit en effet disposer de prérogatives de puissance publiques, ie d'un pouvoir unilatéral lui permettant de faire triompher l'intérêt général quand celui se trouve en conflit avec des intérêts particuliers. En effet la théorie de la souveraineté nationale adoptée par la France au lendemain de la révolution affirme que l'intérêt général se distingue de la somme des intérêts particuliers et vient se placer au dessus de ces intérêts individuels, justifiant par là les moyens et les finalités de l'Administration. « *Le citoyen ou groupement de citoyen exprimant qu'un intérêt catégoriel ou fractionnel, l'action administrative n'a rarement cherché à s'en rapproché* »<sup>56</sup>. Aussi, l'essence même de l'Administration qui était d'agir avec rapidité et de s'adapter continuellement aux nouvelles situations, justifiait de cette volonté de ne pas soumettre les administrateurs à des procédures légales rigides.

### **§ La relation de supériorité de l'Administration sur l'administré.**

Ce non-développement de la procédure administrative s'explique également par la tradition de secret ainsi qu'une relation communément admise de supériorité de l'Administration sur l'administré qui caractériseront l'action de l'Administration française pendant de nombreuses années. L'État napoléonien qui hérita d'une conception autoritaire et centralisatrice de l'administration ne pouvait s'accommoder sans heurt à l'imposition de règles de procédure à l'administration active afin d'offrir des garanties aux administrés. « *Le principe hiérarchique et l'organisation bureaucratique se sont historiquement opposées à la participation des administrés au*

<sup>55</sup> A. Van Lang, *Structures des procédures administratives*, in ouvrage précité p 53.

<sup>56</sup> G. Houillon, in *Jean Riviero, Démocratie et administration*, RFDA 2009 p 1057.

*processus d'élaboration des actes de la puissance publique* »<sup>57</sup>. L'Administration française restera longtemps hermétique à la société. Informer et inviter à participer le citoyen français était jusqu'alors courir le risque de voir son action entravée et ralentie. De fait, la tradition du secret vient marquer de son sceau l'Administration française. Les procédures ne sauraient s'ouvrir à l'administré, qui considéré comme « gêneur » en était alors exclu.

### **§ Le réveil tardif de la doctrine.**

Il est bien connu l'influence que peut avoir la doctrine quant à la pratique du droit administratif français, or dans le cas de la procédure administrative non contentieuse, les auteurs tarderont à faire de ce sujet le leur. Les choses ne n'évolueront qu'à partir de la fin des années 1950 aidé notamment du professeur Langrod qui publiera un article de doctrine traitant de ce sujet, mais surtout de la thèse de Guy Isaac consacré à la procédure administrative non contentieuse.

G. Langrod qui vient d'être cité peut aisément prêter ses mots en guise de conclusion de cet exposé des raisons d'un développement tardif de la procédure non contentieuse française, en effet celui-ci avait affirmé que « *la carence du législateur, suivie de la passivité du juge et de l'indifférence du savant* »<sup>58</sup> ont conduit à un triste état des lieux de la procédure administrative française jusqu'à la fin du XXème siècle.

L'Administration française va cependant se voir progressivement obligée au respect de garantie procédurale allant dans le sens d'une plus grande prise en compte de l'administré.

---

57 JF Brisson, *Les principes de la procédure administrative en droit français* in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000, p77.

58 *In Procédure administrative et droit administratif*, Revue internationale de Sciences administrative 1956 pp5-91 cité par JF Brisson in *Les principes de la procédure administrative en droit français*, in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000, p78.

## 2- Le virage procédural des années 1970 : prise en main du législateur et « ébranlement de la citadelle administrative »<sup>59</sup>

### § Le contexte de l'émergence de ces nouveaux droits : nécessaire temporisation de l'unilatéralité de l'Administration et mise en œuvre de la décentralisation.

Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, l'État s'est transformé : ses attributions sont multiples et diffuses au sein de la société, elles peuvent même être l'œuvre de personnes privées, en effet la jurisprudence depuis 1938<sup>60</sup> accorde la possibilité pour une personne privée de se voir confier par la personne publique la gestion d'une mission de service public. Une personne privée peut désormais user de prérogatives de puissance publique afin de mener à bien sa mission de service public, notamment celle de d'édicter des actes administratifs. Aussi la Constitution de 1958 consacre un pouvoir réglementaire aux mains de l'exécutif. Le règlement devient ainsi une règle de droit à l'origine floue : l'auteur n'en est pas toujours identifiable et ne bénéficie pas de l'onction du suffrage universel. Enfin la mondialisation et l'intégration européenne participent d'autant plus à cette « dématérialisation de la règle de droit » . La multiplication des sources du droit vient donc mettre à mal le modèle représentatif choisi par les Français, et il devient dès lors nécessaire pour les citoyens « *de réinvestir la chose publique* »<sup>61</sup> et de venir temporiser les pouvoirs de l'Administration dans son action.

La décentralisation, en installant une proximité entre l'administré et son administration va jouer un rôle clef dans la promotion des politiques participatives. En effet celle-ci va de pair avec une « *territorialisation des politiques* » et une « *réduction d'échelles des projets* », qui fait alors de la démocratie participative un « *complément naturel* » à la pratique de la démocratie locale<sup>62</sup>. Les

---

59 Préc.

60 CE Caisse primaire « Aide et protection ».

61 In *La Participation des citoyens dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapports et Document, N°13-2008 p 11.

62 In *La participation des citoyens dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapports et Documents, N° 13-2008, p 21.

mouvements de décentralisation participent à l'évolution d'une Administration plus perméable à la participation citoyenne. D'une part car le niveau de décision se rapproche du niveau de l'action, ce qui optimise alors l'effectivité de l'action. D'autre part, la décentralisation a procédé à la multiplication des organismes de décisions parallèlement à la multiplication des domaines de décisions rendant ainsi nécessaire la création de nouvelles structures de concentration, ce qui a alors créé un appel d'air pour tous les citoyens ou représentants de citoyen désireux de prendre part à la mise en place des politiques locales. Rapidement, la participation s'institutionnalise dans le cadre local, elle se met généralement en place par divers dispositifs reconnaissables : ce sont soit des dispositifs temporaires de consultation sur une opération précise, des dispositifs consultatifs permanents permettant au public de débattre et de communiquer leurs avis aux instances municipales ou locales (comités consultatifs, conseils de quartiers, commissions consultatives des services publics), ils peuvent également être des procédés de démocratie directe comme la pétition ou le référendum, dont il sera question dans la suite de cet exposé. Enfin la participation peut être assurée par des dispositifs originaux développés de manière autonomes par les autorités publiques locales.

Ainsi donc le temps de « l'unilatéralité » était clos<sup>63</sup> et un nouveau type de décision apparaît : la « *décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord* »<sup>64</sup>.

### **§ La prise en main du législateur.**

C'est au législateur que revient l'initiative du tournant quant à la pratique du pouvoir administratif dans sa phase non contentieuse. Ce dernier à défaut d'adopter un code de procédure administrative va procéder à l'adoption de grandes lois régissant la procédure administrative en instaurant une relation nouvelle entre Administration et administrés. « *Le droit français s'est alors mis à organiser*

---

63 J.Chevalier, *L'Administration face au public*, Publication du CURAPP, PUF 1983

64 A. Van Lang, *Structures des procédures administratives*, in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000, p56.

ce qu'il avait toujours refusé »<sup>65</sup>, et ainsi le XXème siècle voit se déployer des pratiques nouvelles de négociation et de concertation dans l'élaboration de l'acte réglementaire. Ce mouvement s'initie dans un premier temps par une volonté de favoriser la transparence de l'action administrative. Garantir l'information au public quant aux décisions et aux projets de la collectivité publique est en effet condition sine qua non de leur participation. La reconnaissance du droit à l'information résulte des lois du 6 janvier 1978 « *informatique et fichiers* » et du 17 juillet 1978 « *relation entre l'administration et son public* ». D'autres mesures iront plus loin en assurant au citoyen de pouvoir jouer un rôle effectif quant à l'élaboration des actes administratifs, celles-ci tentent de garantir au citoyen la possibilité d'intervenir à un moment ou à autre de la procédure afin de faire entendre son opinion et ainsi d'agir sur le sens de la décision.

Cette tendance à la démocratisation de l'action administrative est à observer plus singulièrement en matière d'environnement et d'urbanisme.

## ***B) La mise en œuvre de la participation : analyse des législations successives***

---

### **1- De l'information à la consultation : l'enquête publique**

L'enquête publique est « *une procédure administrative qui vise à informer et à faire participer le public à la confection des actes administratifs. Instituée dans le cadre de l'expropriation, l'enquête a été étendue aux domaines de l'urbanisme, de l'aménagement rural, de l'environnement, de la création de servitudes d'utilité publiques, et à certaines formes d'occupation du domaine public* »<sup>66</sup>. Ancienne institution de la procédure administrative non contentieuse, l'enquête publique n'est au XIXème siècle qu'une simple procédure d'information au citoyen exproprié. Elle connaît

---

<sup>65</sup> JF Brisson, *Les principes de la procédures administrative en droit français*, in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, vol XIV, 2000, p79.

<sup>66</sup> In *Dictionnaire de droit administratif* A. Van Lang, G. Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, Armand collin, coll cursus 1997.

une seconde jeunesse grâce à la **loi du 12 juillet 1983** « *relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement* » (autrement appelée « loi Bouchardeau ») jusqu'à devenir « *une procédure majeure de la démocratie participative* »<sup>67</sup> Pour ce faire il faudra cependant l'intervention de nombreuses lois successives, dont la dernière date du 12 juillet 2010 qui participent d'un flou législatif entourant ce procédé.

### **§ La loi du 12 juillet 1983 : généralisation de la procédure d'enquête publique.**

Autrefois réservée à des domaines très étroits, la loi de 1983 tend à faire de la consultation du public lors d'un projet d'aménagement un procédé de droit commun dès lors que celui-ci risquerait de porter atteinte à l'environnement ou au droit de propriété. Ainsi celle-ci dispose dans son article 1<sup>er</sup> que « *la réalisation d'aménagements, d'ouvrages ou de travaux, exécutés par des personnes publiques ou privées, est précédée d'une enquête publique [...], lorsqu'en raison de leur nature, de leur consistance, ou du caractère des zones concernées, ces opérations sont susceptibles d'affecter l'environnement* ». L'article 2 venant préciser la portée de cette enquête elle a pour objet « *d'informer le public et de recueillir ses appréciations, suggestions et contre proposition [...], afin de permettre à l'autorité compétente de disposer de tous les éléments nécessaire à son information* ».

### **§ Le déroulement de l'enquête publique, la concrétisation du droit à la parole.**

L'enquête publique a pour but d'instaurer un dialogue entre les décideurs publics et les citoyens. Elle accorde la possibilité aux citoyens intéressés de porter leur point de vue à la connaissance des décideurs publics soit par écrit en les consignant sur le registre prévu à cet effet<sup>68</sup>, ou bien en les adressant par écrit au commissaire enquêteur qui devra alors les annexer au registre<sup>69</sup>, soit oralement

---

<sup>67</sup>Yves Jégouzo, *La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation*, AJDA 2010 p1812 .

<sup>68</sup> Le non respect de cette procédure étant considéré comme un vice de procédure depuis l'arrêt CE 20 mai 1988 Segeat.

<sup>69</sup> Le non respect de cette procédure entraîne un vice de procédure CE 11 juillet 1979.

si l'arrêté organisant l'enquête le prévoit, en se rendant aux audiences prévues dans le cadre de cette enquête publique. Le décret du 23 avril 1985 veut faciliter cette interaction orale entre public et administration. Ainsi il insiste sur l'importance d'organiser des audiences dont les lieux et horaires de mise en place auront été pensés de façon à garantir la participation du plus grand nombre. Dix ans plus tard, la loi du février 1995 s'inscrit dans la même démarche. La loi veut améliorer l'information donnée au public quant à la procédure d'enquête afin de s'assurer d'une participation conséquente lors des audiences : le rapport du commissaire-enquêteur devra être publié au moins quinze jours avant l'ouverture de l'enquête et les autorités compétentes devront veiller à porter à la connaissance des citoyens en temps utiles l'ouverture d'une enquête publique, en précisant son objet, la date et le lieu de sa mise en place, sa durée présumée ainsi que le nom et la qualité du commissaire-enquêteur qui officiera. Pour ce faire, il pourra être fait usage d'affichages ou de communications via les médias. La durée de l'enquête doit être d'au moins un mois. Le commissaire enquêteur peut s'il le juge utile mettre en place des réunions d'information et de discussion avec le maître d'ouvrage. Enfin il devra rendre publics ses conclusions et son rapport devant faire état des contre-propositions ayant été faites au cours de l'enquête ainsi que des éventuelles réponses données par le maître d'ouvrage.

### **§ Refonte et revalorisation du droit à l'information et à la participation (loi du 12 juillet 2010).**

Alors que le droit l'information atteint ses lettres de noblesses (en témoigne la constitutionnalisation de la charte de l'Environnement du 1er mars 2005<sup>70</sup>), le droit des enquêtes publiques vient montrer ses premières défaillances. Il est devenu un « *véritable maquis juridique propre à égarer les meilleurs connaisseurs* »<sup>71</sup> Chaque ministère, chaque organe habilité à mener ces enquêtes ont développé la procédure de manière autonome, tant et si bien qu'en 2005 pas moins

---

70 Charte de valeur constitutionnelle depuis la décision du conseil du 19 juin 2008, et dont l'article 7 proclame un droit à l'information et à la participation en matière de décision environnementale.

71 Yves Jégouzo, La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation, AJDA 2010 p1812 .



de 180 catégories d'enquêtes publiques peuvent être identifiés<sup>72</sup>. Ainsi la loi Grenelle II s'attache à la réforme de l'enquête publique. Elle procède premièrement au regroupement des enquêtes publiques en deux catégories : les enquêtes publiques environnementales (régies par l'article L 123-1 du code de l'environnement) et les enquêtes publiques de droit commun (autrement dénommées les enquêtes « Bouchardeau » et régies par le code de l'expropriation). La substitution d'enquête régie par le code de l'environnement à une enquête régie par le code de l'expropriation n'a pas pour effet de vicier la procédure, l'inverse n'est en revanche pas vrai. Il est d'ores et déjà possible de douter de la pérennité de cette catégorisation sachant qu'au gré des années, l'enquête publique se voit mise en place pour des finalités autres que la protection des droits réels ou de l'environnement, mais cette rationalisation n'en demeurerait pas moins nécessaire. Le second effet de la loi du 12 Juillet 2010 s'observe au travers d'une timide réforme procédurale de l'enquête publique dont l'objectif est de veiller à mieux coordonner l'impératif participatif avec l'efficacité de l'action administrative. Ainsi la loi vise à améliorer l'information préalable donnée avant l'ouverture de l'enquête, celle-ci devra d'ailleurs toujours s'accompagner d'une note de présentation à caractère non technique. Le commissaire-enquêteur voit son rôle et ses pouvoirs réaffirmés : il peut prolonger l'enquête d'un mois désormais (contre 15 jours auparavant), il peut également décider de faire appel à l'expertise au cours de l'enquête. Ses obligations sont également réaffirmées, notamment celle de veiller à la garantie de la bonne marche de l'action administrative. L'enquête publique avait souvent été mise en cause dans l'allongement des délais de la prise de décision. La loi de 2010 tente d'apporter des remèdes : Les commissaires enquêteurs sont rappelés à l'ordre quant au respect des délais dont ils disposent pour remettre leur rapport. Au-delà de trente jours et sans motif justificatif, le commissaire-enquêteur risque de se voir dessaisir du dossier. Les commissaires-enquêteurs manquant à leurs obligations risqueront de se voir radier de la liste départementale les recensant. Enfin la loi veut apporter une solution à un problème majeur de la participation : *« le public ayant été consulté sur un projet il convient dès lors que le projet est*

---

72 Préc.

*substantiellement modifié d'organiser une nouvelle consultation, alors même que les modifications seraient souhaitées par le public et /ou recommandées par le commissaire-enquêteur »*<sup>73</sup> Si la jurisprudence est logique elle est également responsable d'un allongement conséquent des délais lors de la prise de décision publique. La loi prévoit donc que si les modifications apportées au projet sont substantielles sans pour autant modifier l'économie générale du projet ; celles-ci pourront être présentées au cours d'une suspension de l'enquête, dont la durée maximale est de six mois et à l'issue de laquelle l'enquête sera prolongée d'au moins trente jours. Dans le cas où les modifications apportées au projet modifient l'économie générale du projet, il devra être mis en place « une enquête complémentaire », qui devra résoudre la question des avantages et inconvénients de ces changements pour le projet étudié ainsi que pour l'environnement. Nul ne doute que les débats et controverses quant au niveau de changements impliqués seront nombreux ; la loi qui se voulait simplificatrice se révèle en certains point matière à complexification.

## **2- Le citoyen comme collaborateur de l'administrateur : consécration de la concertation et référendum local**

### **2.1- La concertation**

#### **§ La concertation, « une certaine redistribution du pouvoir ».**

Le procédé s'illustre plus particulièrement en matière de droit de l'urbanisme. C'est la loi du 18 juillet 1985 relative à la « *définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement* » qui inscrit l'article L 300-2 du code de l'urbanisme<sup>74</sup>. L'article impose la concertation sur l'élaboration d'un projet entre habitants, associations locales et autres personnes concernées avant la modification d'un plan d'occupation des sols en vue de la création d'une zone d'urbanisation ou d'une zone d'aménagement à l'initiative de la commune, ou de toutes opérations d'aménagement

---

<sup>73</sup> Yves Jégouzo, *La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation*, AJDA 2010 p1812 .

<sup>74</sup> Cf annexe document n°3.

faite par ou pour la commune si cette opération est susceptible de modifier substantiellement l'activité économique ou le cadre de vie de cette commune. L'innovation est de taille, il est tenté d'introduire en amont de la phase de conception du projet ou en parallèle à cette phase un temps « politique » au cours duquel citoyens et corps intermédiaires sont invités à devenir collaborateur de l'Administration. La loi marque donc la consécration du procédé de concertation avant un grand projet d'urbanisme. Si l'article L 300-2 du code de l'urbanisme ne concerne que les opérations urbaines dites « locales » plaçant la concertation aux mains des conseils municipaux, la circulaire Bianco du 15 novembre 1992 organise la procédure à l'échelle étatique. L'organisation de la concertation est alors à la charge des Préfets. La concertation se met en place progressivement et par un empilement de textes qui vont contribuer à étendre son champ d'action et le développement de la jurisprudence qui vient préciser ses modalités d'organisation. Elle se concrétise généralement par l'organisation de grandes réunions publiques dont la mise en place est communiquée via la presse ou la distribution de tract. Internet présente un formidable tremplin pour la concertation, cependant l'outil reste sous-utilisé selon les propos de Laurence Monnoyer-Smitt, Présidente du comité de pilotage « Analyse des pratiques de la concertation en France »<sup>75</sup>.

### **§ Apport de la Jurisprudence et modalités d'organisation de la concertation.**

Les lois n'organisant qu'avec imprécision la concertation, la jurisprudence a partiellement comblé le vide. Ainsi le Conseil d'État précise dans son arrêt en section du 15 février 1992 *Commune de Cruseilles* que la concertation pour être « suffisante » doit être proportionnée à l'importance du projet, elle devra donc être mise en place par un nombre suffisant de réunions publiques, d'expositions de maquettes, d'assemblées de quartier, ou encore de commissions d'usagers. Aussi, « *la concertation doit se dérouler avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre duquel figurent notamment les marchés de maîtrises d'œuvre des travaux, les déclarations*

<sup>75</sup> In *La concertation pour des projets plus légitimes et mieux partagés*, Présentation des résultats de « l'analyse des pratiques de la concertation en France » par l'association « Décider ensemble » mai 2011.

*d'utilités publiques et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet* » aux vues des conclusions de l'arrêt du Conseil d'État en section du 6 mai 1996 Association « Aquitaine-Alternatives ». Enfin l'arrêt du Conseil d'État du 18 mars 1994, Copropriété le Melchior vient préciser les modalités de clôture de la procédure de concertation. Celle-ci prend fin par l'arrêté du projet définitif par l'assemblée délibérante qui ne peut retenir un projet différent « *dans sa nature et ses options essentielles* » de celui ayant été l'objet du débat, sauf à organiser une nouvelle procédure de concertation.

### **§ Succession des lois et élargissement du champ d'application de la concertation.**

Le législateur invite progressivement à une application élargie de la concertation. Il adopte la loi sur « *l'élimination des déchets* » qui oblige à la concertation avant toute autorisation de recherches de site de stockage souterrain. Puis la loi « *paysage* » du 8 février 1993 prévoit que la mise en place de directive de protection et de mise en valeur des paysages devra faire « *l'objet d'une concertation avec l'ensemble des collectivités territoriales intéressées, avec les associations de défense de l'environnement agréées et les organisations professionnelles concernés* » dans son article premier. Enfin dernière en date, la loi du 12 juillet 2010 va plus loin encore puisqu'elle généralise la procédure de concertation préalable, jusqu'alors réservé au domaine de l'urbanisme à celui de l'environnement. Ainsi elle introduit l'article L 121-16 dans le code de l'environnement qui instaure la concertation facultative préalable à l'enquête publique « *organisée dans le silence de la loi, selon les modalités définies par le responsable de la décision* »<sup>76</sup>. Aussi la loi de 2010 accorde la possibilité pour l'autorité publique ou le maître d'ouvrage en charge du projet de nommer « *un garant chargé de veiller à ce que la concertation permette au public de présenter ses observations et contre-propositions* » désormais prévue par l'article L 121-9 du code de l'environnement.

---

<sup>76</sup> Yves Jégouzo, La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation, AJDA 2010 p1812 .

## 2.2-La consultation locale et le droit de pétition.

### § Le référendum local, « le procédé démocratique par excellence »<sup>77</sup>.

Si la consultation locale s'exerce dans les communes dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, il faut attendre la loi du 6 février 1992 pour que lui soit offert un véritable cadre législatif. Le référendum communal permet aux autorités administratives de la commune de prendre connaissance de l'avis des habitants de la commune sur une question relevant de sa compétence. L'initiative doit émaner du maire ou des conseillers municipaux. Réservé aux questions ayant trait à la compétence de la commune, il s'étend à l'échelon intercommunal grâce à la loi du 4 février 1995 « *orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* » et permet alors aux établissements publics intercommunaux de solliciter l'avis de la population. En 2003, sa consécration constitutionnelle<sup>78</sup> fait naître une nouvelle procédure: à côté de la consultation locale se trouve désormais le référendum décisionnel local. En effet la loi du 28 mars 2003 permet aux collectivités territoriales de mettre en place des référendums locaux qui auront un caractère décisionnel. Le projet qui a été soumis au référendum local décisionnel sera adopté si au moins la moitié des électeurs inscrits ont participé au scrutin et s'il a remporté l'adhésion d'au moins la moitié des votants. Sans cette « double majorité », le référendum local ne peut prétendre à une portée décisionnelle et ne saurait alors qu'un simple avis. Enfin la loi du 13 août 2004 « *libertés et responsabilités locales* » élargie toujours plus le champ de la consultation locale, la plaçant désormais aux mains de « *toutes collectivités territoriales* ». Ces mécanismes participatifs sont souvent présentés comme complémentaires au droit de pétition qui prévoit la possibilité pour les électeurs de réclamer à une autorité locale la mise à l'agenda d'une question relevant de son champ de compétence.

---

77 A. Van Lang, *Structures des procédures administratives*, in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, Vol XIV, 2000 p 62.

78 loi constitutionnelle sur « *l'organisation décentralisée de la République* » mars 2003.

## § Le droit de pétition.

La loi de 1995, en plus d'étendre le mécanisme du référendum aux collectivités intercommunales, met en place « l'initiative populaire » autrement appelée « le droit de pétition », qui permet à un cinquième des électeurs d'une liste de soumettre l'autorité locale à l'organisation d'un référendum sur une question d'aménagement gravitant dans le domaine de compétence de cette autorité. Le droit de pétition est donc un outil permettant de faire parvenir un signal aux élus et permettant aux citoyens d'influer l'agenda des politiques publiques.

## 3- Le débat public

### § Le débat public, étape ultime de la démarche participative française.

La procédure de débat public en amont des projets d'aménagement est mise en place par **la loi du 2 février 1995, dite loi Barnier**. Elle est initiée en partie par la circulaire Bianco de 1992, qui pour certains auteurs se veut être la réponse donnée suite aux protestations ayant eu cours lors du conflit à propos du TGV Méditerranée. Le rapport de la commission Carrière avait alors diagnostiqué une véritable « crise de la décision ». Pour d'autres, le choix de procéder à l'institutionnalisation du débat public résulte des insuffisances des mécanismes participatifs qui étaient en place, notamment de l'enquête publique. Les critiques entourant l'enquête publique sont telles que son utilité même se retrouve mise en cause. En 1993, Huguette Bouchardeau alors secrétaire d'État à l'environnement procède à l'analyse des performances de l'enquête publique mise en place dix ans auparavant et dresse le constat négatif du fait du caractère trop tardif de l'enquête et souligne la nécessité de la mise en place d'un organisme indépendant dont la mission serait d'organiser un débat public. La loi Barnier se veut également une réponse à une demande sociale jusqu'ici non satisfaite, elle semble être porteuse de nombreux espoirs. Elle annonce dans son second article que « [ ... ] pour les grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des sociétés d'économie mixte présentant un fort enjeu

*socio-économique ou ayant un impact significatif sur l'environnement, un débat public peut être organisé sur les objectifs et les caractéristiques principales des projets, pendant la phase de leur élaboration* ». Afin de mener à bien ce débat, la loi prévoit la création d'une Commission Nationale du Débat Public (CNDP).

### **§ La CNDP ou la naissance d'un O.V.N.I juridique.**

La CNDP n'est pas un organe en charge de formuler des avis et des recommandations sur une opération d'aménagement mais elle est l'organe à qui incombe l'organisation d'un espace de débat public. Ce débat sera mené par une commission particulière créée par la CNDP et il devra se dérouler sur une période de plus ou moins quatre mois, s'articulant autour d'un dossier remis par le maître d'ouvrage. Au cours de ce débat, la CNDP est garante de la circulation des informations et de la libre expression des opinions. Au terme du débat, le président de la commission devra procéder au bilan et le publier. La composition de la CNDP est au service de sa mission : elle doit garantir l'indépendance et diversité de l'organisme. La CNDP réunit dix huit membres dont un tiers est formé des représentants du Parlement et des collectivités locales, un second tiers se compose de personnels des juridictions administratives et judiciaires ainsi que des magistrats, le dernier tiers regroupant les « *forces vives* »<sup>79</sup> c'est-à-dire les représentants d'usagers et les associations de protection environnementale agréées. Selon le décret d'application qui installe la commission, la saisine se partage entre le ou les ministres en charge du projet lorsque celui-ci émane de l'État ou de ses sociétés ou établissements publics, le ministre chargé des collectivités locales si le projet est l'œuvre d'une collectivité territoriale ou de ses établissements publics, les conseillers régionaux ayant compétence sur le territoire accueillant le projet, vingt députés ou vingt sénateurs, ou encore à la demande des associations agréées de défense de l'environnement.

L'installation de la CNDP est longue et ne se fait pas sans heurts. Aucune force identifiable ne porte le projet, au contraire il se devine derrière la progressive mise en place du débat public préalable

---

79 In *Le Débat Public : une réforme dans l'Etat*, Serge Vallemont LGDJ 2001 p 43.

aux questions d'aménagement des résistances politiques. Preuve en est le décret de la loi de 1995 créant la CNDP n'est pris qu'en mai 1996, les membres ne seront nommés qu'un an après, et la commission ne sera finalement installée que le 4 septembre 1997, soit deux ans et demi après que la loi Barnier n'ait été votée. L'alternance politique ainsi que les deux changements de gouvernements qui ont lieu entre temps sont certainement partie de ce retard, reste que c'est principalement le caractère inédit de cette nouvelle commission de sages qui fait hésiter les parlementaires français, qui au gré de leurs discussions tentent à tous prix de limiter les pouvoirs qui seront conférés à cette commission. Les débats parlementaires autour de la CNDP enregistrent notamment le refus de la saisine obligatoire pour les projets d'aménagement d'importance ainsi que le refus de la possibilité d'auto-saisine.

### **§ Dernières modifications en date de la procédure de débat public.**

En 1998, le gouvernement demande au Conseil d'État de réfléchir à dispositif de débat qui serait applicable à tous types de projets. La volonté du gouvernement de développer le débat démocratique est réelle, en témoigne la signature de la *Convention d'Aarhus*, le 25 juin 1998. La convention qui organise le droit à l'information et la participation des citoyens au processus de décision en matière d'environnement « [...] avait pu susciter l'espoir d'une réforme en profondeur du dispositif français de participation du public »<sup>80</sup>. Manifestation de cette volonté de poursuivre les efforts réalisés depuis la loi Barnier, la loi du 27 février 2002 dite « *démocratie de proximité* » vient réformer la procédure de débat public en prenant largement en considération les propositions qui ont été faites par le Conseil d'État suite à la réflexion engagée. La CNDP devient une autorité administrative indépendante, un certain nombre de projets pourront faire l'objet d'une saisine obligatoire, la Commission peut désormais être saisie sur des « *options générales en matière d'environnement ou d'aménagement* », aussi elle peut désormais être saisie par le maître d'ouvrage. A de nombreux titres le nouvel outil participatif mis en place est prometteur : le débat est

---

80 M. Prieur, *La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, RJ envir. 1999. 22, n° spécial cité par Julien, Bétaille in *Le droit français de la participation du public face à la convention d'Aarhus*, AJDA 2010 p 2083.



véritablement réalisé en amont de l'élaboration du projet, la loi du 12 juillet 2010 permettant d'améliorer l'articulation avec les enquêtes publiques, le projet est en proie à un scrutin citoyen de l'élaboration à la conception du projet. Aussi, il s'annonce plus pertinent que la concertation organisée auparavant, le débat ayant été retiré des mains des préfets ou des maîtres d'ouvrage qui avaient une fâcheuse tendance à pratiquer une version minimale de la concertation.

Ainsi « *le débat public en amont des projets d'aménagement peut être considéré comme l'une des scènes de l'action collective institutionnalisée caractéristique des nouvelles formes de l'action publique* »<sup>81</sup>, et « *bien que le rôle précis de la CNDP reste très peu défini, la loi Barnier a pu être considérée au moment de son adoption comme introduisant dans le système juridique un « nouveau droit des citoyens, le droit au débat public* »<sup>82</sup>.

### **Sous - Partie 3 : Le partage de la décision administrative : illustration des ambiguïtés de la démocratisation administrative aux États-Unis et en France.**

---

En mettant en œuvre la participation au cœur de l'élaboration de l'acte réglementaire dès 1946, les États-Unis se positionnent en avant-gardistes de la démocratie administrative . Cela est d'autant plus vrai aux yeux du juriste français : à cette époque, la France peut être accusée d'un certain retard en la matière. La consultation des parties intéressées par les organismes administratifs français en charge de promulguer les règlements sera mise en place plus tardivement.

Ainsi si les États-Unis ont pu faire figure de précurseur et apparaître comme le premier promoteur d'une nouvelle ère de la démocratie via la prise en compte de l'avis de l'administré face à une France timide en ce domaine, le retard français semble avoir été rattrapé, et désormais les deux pays font face aux mêmes difficultés et problématiques nouvelles que posent l'instauration de la participation

---

81 Charles Gosselin in *Compte rendu préparé et remis par le Président de la Commission particulière du Débat Public sur la branche Sud du TGV Rhône-Alpes Paris*, CNDP oct 2000 in *Le Débat Public: une réforme dans l'État*, Serge Vallemont LGDJ 2001 p 45.

82 Serge Vallemont, in *Le Débat Public, une réforme dans l'État*, LGDJ 2001 p18.

dans la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire. En effet à bien des égards ces mécanismes peuvent voir leur efficacité remise en cause (A), jusqu'à ce leur essence même soit disant favorable à la démocratie soit elle même remise en question (B).

### *A) De la relative efficacité...*

Le développement concret de ces mécanismes peine à s'accomplir : la participation des citoyens n'est pas au rendez-vous et l'impact sur la prise de décision n'est finalement que restreint et peu perceptible. Les deux limites étant interdépendantes : l'absence de portée décisionnelle décourage d'autant plus à la participation et la faible participation contribue à ne donner qu'une portée limitée à ces démarches.

#### **§ Faible participation du citoyen amateur.**

Si les nouveaux outils participatifs tentent d'offrir un accès à la procédure d'élaboration de l'acte, encore faut-il que le citoyen en prenne le chemin. En France l'échec de la démocratie locale est particulièrement probant. Enquêtes publiques et conseils municipaux sont fréquemment désertés. La situation serait le résultat d'une combinaison de facteurs dont le fait que les procédures ne soient pas suffisamment publicisées par les médias, ou que les problématiques annoncées soient trop souvent mal formulées et par conséquent difficiles à appréhender pour le citoyen amateur. Aux États-Unis également il est difficile d'attribuer pleinement l'usage des mécanismes participatifs au citoyen lambda. Peu de commentaires seraient l'œuvre du citoyen ordinaire. Cary Goglianese dans son étude sur l'efficacité des commentaires écrits<sup>83</sup>, aidé d'une enquête prenant comme objet d'étude quelques uns des règlements importants de l'EPA promulgués entre 1989 et 1991 et régulant la question du traitement des déchets, révèle que le secteur industriel est à l'origine de près

---

83 Cary Goglianese, *Citizen Participation in Rulemaking, Past, Present and Future*, 55 Duke L.J 943 2005-2006

de 60 % des commentaires. En moyenne 6 % des commentaires seulement auraient pour auteur le citoyen ordinaire. Seulement 40 % environ des procédures réglementaires ont reçu au moins un commentaire provenant d'un citoyen ordinaire alors que 96 % de ces règles ont reçu au moins un commentaire d'une entreprise, et 80 % ont reçu au moins un commentaire d'un lobby. De ce peu de commentaires signés de la main du citoyen lambda, ceux-ci se révèlent trop souvent trop brefs, trop imprécis et non suffisamment argumentés pour être aptes à engager la réflexion de l'administrateur. Le citoyen participe finalement peu. Certains argumentent qu'internet pourrait « changer la donne » en simplifiant la procédure de participation du citoyen. Cependant même si internet peut effectivement contribuer à la baisse des coûts et à une simplification de la procédure participative, choisir de prendre part aux décisions publiques demande que le citoyen ait dépassé le trop connu problème de l'action collective du « passager clandestin ». De même, internet est également à l'origine de nouveaux divertissements pour le citoyen qui pourra alors s'en trouver d'autant moins enclin à donner de son temps aux affaires publiques.

Les barrières sont multiples pour le citoyen amateur : les opportunités réelles de participation du citoyens ne sont pas si nombreuses. La procédure du « rulemaking » formelle aux États-Unis n'est que très peu imposée, de même la procédure négociée prévue en 1990 n'est que rarement mise en place , elle reste confinée à une proportion minimale du travail réglementaire. Enfin en France il faut pointer du doigt une certaine timidité des élus qui pendant de nombreuses années reculent quelque peu face à l'impératif participatif. Les démarches participatives en France restent pendant longtemps à la discrétion des autorités locales et apparaissent alors plus comme des « supports de communication » que comme la mise en œuvre d'une réelle volonté de partage de la décision. A l'inertie des machines administratives qui peinent à s'investir pleinement dans une nouvelle méthode de décision s'ajoute donc la barrière cognitive du citoyen ordinaire, qui aux vues du faible impact dont bénéficieront la plupart des démarches participatives quant à la décision finale, est d'autant plus enclin à détourner son intérêts quant à ces nouvelles méthodes de l'administration.

## § Impact limité sur la prise de décision.

L'incidence de ces mécanismes participatifs quant à la décision finale reste très mince, à tel point que pour certains il s'agit « [...] plus [d'] exercices formels que [d']occasions d'expression citoyenne et d'évaluation des choix publics à venir [...] »<sup>84</sup>. Les enquêtes publiques interviendraient trop tard dans le processus de décision, le dossier administratif étant déjà « bouclé ». L'Administration ne saurait être en aucun cas liée par les résultats de cette enquête, l'avis du commissaire-enquêteur est dépourvu de toute portée juridique, ce qui fait dire à J. Caillose que « même reformée, l'enquête publique n'offre toujours pas les garanties d'une procédure démocratique »<sup>85</sup>. Quant à la concertation plus généralement celle-ci ne garantit en rien la codécision. Ainsi que le rappelle A. Van Lang, « l'obligation qui est faite à l'administration est lourde mais purement formelle »<sup>86</sup>. L'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 1993 *Ville de Paris* a en effet exclu toute obligation de prendre en considération les observations établies lors de la concertation. Dépourvue d'obligation de résultat, il est aisé d'appréhender la concertation seulement comme un outil de légitimation des décisions publiques. Même problème pour le référendum local décrit par une partie de la doctrine comme une « illusion démocratique ». Le référendum local n'a qu'un statut consultatif, et bien peut qu'il puisse jouir d'une portée décisionnelle au niveau national, la procédure n'est que très marginalement mise en œuvre. Aux États-Unis la critique se concentre sur les audiences qui font figure de rituel démocratique inutile et manquant de qualité délibérative, échouant ainsi à donner aux citoyens une réelle voix dans le processus d'élaboration de la règle. Ce qui se dit durant l'audience n'importe finalement peu, voilà une des critiques récurrentes adressées à la pratique des audiences. Nombreux sont les auteurs à affirmer que, puisque mise en place trop tardivement au cours de la procédure administrative, l'audience ne peut exercer une influence réelle. Les officiers administratifs sont réputés avoir arrêté leur décision avant que l'audience n'ait lieu. Ainsi si les citoyens peuvent effectivement s'exprimer et prendre position pendant l'audience,

---

84 In étude de JB Auby, *Droit administratif et démocratie*, Droit administratif n° 2, février 2006, Étude n°3.

85 Cité par A. Van Lang in *Structures des procédures administratives*, in *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, Bibliothèque de droit public européen, Vol XIV, 2000 p 61.

86 Préc. p61

les preneurs de décision n'ont cependant pas l'obligation de prendre en compte les remarques énoncées et ne le font généralement pas. L'audience ainsi décrite s'en trouve réduite à un « vernis démocratique » servant à légitimer la prise de décision et ainsi débarrasser l'administrateur des probables résistances citoyennes face à une nouvelle décision. Pour certains auteurs américains, l'impact limitée des discussions ayant lieu durant l'audience s'explique par la faible qualité du débat. Deux interprétations ont alors cours : celle qui pointe du doigt le non-échange du fait des modalités de l'audience qui ne prévoit pas que les administrateur aient à répondre aux arguments présentés , pour d'autres comme le professeur Hamilton la faible pertinence des audiences est la conséquence de son ouverture au citoyen ordinaire. Selon lui, la discussion engagée au cours des audiences gagnerait à être limitée aux avocats ou aux administrés bénéficiant de la tutelle d'un conseiller. Adressant une critique que certains jugeront élitiste, d'autres pragmatique, ce dernier affirme que les administrés peu habitués à de telles procédures n'apporteront rien au débat, ne sachant ni répondre ni contre-interroger de manière appropriée, et étant placés au cœur d'une arène au sein duquel les avocats exercent ceux-ci se feront rapidement écrasés par les professionnels de la défense.

Enfin, une étude critique des procédés participatifs mis en place aux États-Unis et en France peut conduire les plus sceptiques à se demander quels avantages le citoyen ordinaire peut-il tirer des méthodes dites participatives telles qu'elles ont été mises en place dans ces deux pays ? Ne se trouve-t-il pas plongé dans une sorte de « jeu à somme nulle » au sein duquel la participation ne servirait que la légitimation des décisions publiques ? Quels sont les revers de ces mécanismes participatifs ?

## ***B) ...A la contre-efficacité : revers antidémocratiques des mécanismes participatifs.***

---

Les mécanismes participatifs se veulent être des outils participant de la démocratisation administrative. Cependant ils peuvent selon certaines perspectives se révéler en contradiction avec leur raison d'être. En effet, ceux-ci peuvent se voir accusés d'être les facteurs d'une mise à mal de la cohérence administrative, de même il peut leur être reproché de nourrir le cynisme ambiant des citoyens à l'égard de l'Administration puisque créateurs de frustrations multiples. Enfin, il est possible de voir en l'usage de ces outils l'institutionnalisation d'une participation inégalitaire et non représentative de l'ensemble des citoyens.

### **§ La mise à mal de la cohérence de l'action administrative.**

Si le recours aux mécanismes participatifs est censé accroître la légitimité de l'action publique. Mal utilisés, ils peuvent au contraire mettre en péril la cohérence de l'action administrative et lui faire perdre alors de sa légitimité. En France cela est notamment dû à la manière dont a été pensée la démocratie locale : le législateur n'a rendu obligatoire l'usage de certains mécanismes que à partir de certains seuils (ex : les villes de plus de 80 000 habitants devant se doter de conseil de quartier) ou bien il s'est contenté de proposer une palette d'outils dont la mise en place reste à la discrétion des autorités locales concernées. S'observe alors une disparité entre les habitants des communes françaises, tous ne disposent pas d'une même porte d'accès à la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Le fait que les mécanismes participatifs fassent émerger de nouvelles inégalités est un propos récurrent dans le débat concernant la mise en place des mécanismes participatifs, la même critique réapparaîtra selon un cheminement différent dans le paragraphe suivant.

Autre critique tout aussi récurrente, celle qui gravitant autour du classique dilemme opposant efficacité et démocratie reproche à ces mécanismes participatifs de venir bouleverser l'équilibre auparavant atteint entre les deux notions. La critique se prolongera en indiquant qu'une

administration « inefficace » n'est plus une administration démocratique. Ainsi aux États-Unis la procédure formelle, comparée à une véritable « muraille de Chine » se voit accusée d'un formalisme excessif responsable de lenteurs aberrantes dans le processus d'adoption du règlement. Exemple flagrant, « le Peanut Better Case » vient souvent appuyer la critique. Usant de la procédure formelle, il aura en effet nécessité à la FDA dix ans pour adopter son règlement élevant la teneur en cacahuète du beurre de 87 à 90 %. Cette lenteur conséquence logique du formalisme administratif vient mettre à mal l'une des qualités du pouvoir réglementaire qu'il importe pourtant de préserver : celui de sa souplesse et de sa capacité de réaction rapide.

La critique plus globale quant à la mise en péril de la légitimité administrative s'attarde à regretter que ces nouvelles méthodes de la démocratie administrative, en plaçant le citoyen au même plan que le décideur public, écornent la légitimité du dernier et appauvrissent le débat. Le droit de pétition par exemple participe à l'affaiblissement du pouvoir des autorités élus, en déléguant « un pouvoir de décision » à un électorat non informé ou non qualifié pour l'exercer. « Photographie instantanée » de l'opinion publique il ne justifie que difficilement sinon aucunement la mise en place d'une nouvelle réglementation, de même qu'il peut faire craindre la possibilité de « la tyrannie de la majorité » redouté par Alexis de Tocqueville dès les premières heures de la démocratie.

### **§ Participation inégalitaire et captation des intérêts : une représentation infidèle des intérêts du public.**

Dans le bilan des démarches participatives françaises et américaines se déplore le constat d'une inégalité d'accès des citoyens quant à la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Les audiences aux États-Unis ou autres réunions publiques en France sont en effet accusées de réunir un échantillon non représentatif de la population dans son ensemble.

L'approche traditionnelle de la concertation exclue tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes en temps, en argent, et en capital culturel pour prendre part aux réunions publiques. Logiquement cela conduit à une sur-représentation des « catégories socioprofessionnelles

supérieures, des retraités, et des associatifs bien organisés au détriment de tous les autres.<sup>87</sup> » Parmi ceux qui participent donc nombreux sont les militants engagés, qui sont aussi ceux dont les opinions sont les plus extrêmes. L'audience ou la réunion publique est alors dominée par les vues les tranchées, excluant les voix plus modérées qui semblent pourtant être celles représentant la plus grande partie de la communauté. Ce constat a deux répercussions : il délégitime l'audience comme moyen d'évaluation de l'opinion public et il offre aux administrateurs une bonne raison de faire fi des commentaires du public (ceux-ci argumenteront en disant que seuls les commentaires les plus extrêmes ont pu être entendus).

N'y aurait-il pas une certaine hypocrisie ? Les décideurs publics ne sont-ils pas les mieux placés pour savoir qu'il faut disposer d'un certain capital culturel et économique pour participer au débat ? La critique est d'autant plus vraie pour la procédure de débat public. La maîtrise du débat d'idée n'est pas une donnée naturelle, elle s'acquière souvent d'une expérience associative, de la participation à une mouvance syndicale, ou de l'exercice de responsabilités professionnelles particulières ou politiques. Se distingue alors une tendance à « *l'éviction du citoyen* » et une « *tendance à la substitution des militants professionnels aux citoyens de base* »<sup>88</sup>. Ces militants organisés en associations ou en lobbys font écran à la participation réelle des citoyens. Parmi ces groupes, certains bénéficiant de ressources financières sont capables de lever des fonds pour une participation plus efficace, se développe alors un réel « *marché de la participation et de l'ingénierie démocratique* »<sup>89</sup> sur lequel les groupements d'intérêts se défient en se parant d'alliés tels des agences de communications . La participation citoyenne est belle et bien dénaturée.

### **§ Frustration des citoyens et radicalisation de leurs rapports avec l' Administration.**

Trop peu efficaces ces mesures peuvent être perçues comme « *un simple affichage servant à*

---

87 Laurence Monnoyer,-Smith, Présidente du Comité de Pilotage « Analyse des pratiques de la concertation en France » in étude de l'association « Décider ensemble » : « *Analyse des pratiques de la concertation en France* » 2011.

88 In *La participation du citoyen dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique,Rapports&Documents, N° 13-2008, p66.

89 Préc. P 68.



*désamorcer la contestation* »<sup>90</sup>. L' instrumentalisation de ces outils au profit des décideurs publics en fait alors une participation en trompe l'œil. Cette invitation factice faite aux citoyens est susceptible de renforcer le cynisme ambiant et d'entretenir la méfiance habituelle que maintient le public envers l'appareil administratif puisque créateur d'attentes déçues. Le potentiel frustrant des audiences est indéniable : les citoyens qui ont pu être entendus au cours d'une audience sont à même d'espérer que leur avis aient pu être pris en compte. Le fait que cela ne soit pas le cas provoquera la frustration du citoyen qui sera alors d'autant plus enclin à regarder son administration d'un mauvais œil.

Les mécanismes participatifs et les possibilités offertes de débats peuvent conduire à des relations conflictuelles et à une radicalisation des antagonismes entre l'Administration et ses partenaires. Effet inévitable de la participation, s'illustrant plus particulièrement lors du débat public, les mentalités se polarisent et les conflits s'intensifient. Mal mené, l'échange « *ne pousse pas à dégager de l'intelligence collective mais à renforcer les positions initiales des interlocuteurs, à cliver les arguments des uns et des autres.* »<sup>91</sup>. Enfin selon certains auteurs, les mécanismes participatifs sont également à l'origine d'une hausse des recours devant les tribunaux : l'envie d'agir en justice est démultipliée par le sentiment de brimade et de frustration de ceux qui ont pris part aux procédures de concertation et qui n'ont pas été écoutés mais également pour ceux qui n'ont pu prendre part à la négociation et qui se sentent lésés par la décision publique. Aussi cette procédure bénéficie généralement d'une publicité plus large, invitant à la réaction d'un grand nombre de citoyen. La prise de conscience du règlement en cause et de ses probables effets indésirable n'en est que plus large ; le scrutin de la règle en jeu s'intensifie. Parallèlement les probabilités d'une action en justice contre ladite règle s'accroissent.

---

90 In *La participation du citoyen dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapports & Documents, N°13-2008, p70.

91 Préc. P 71 .

Il y a dans la littérature juridique américaine de large désaccords autour des effets supposés des mécanismes participatifs . Alors que ceux regardant d'un bon œil l'introduction de ces mécanismes insistent sur le fait qu'ils permettent l'ouverture et la responsabilisation de l'administration, ses détracteurs invitent à constater que ces mécanismes ont échoué dans leur missions et n'ont su faire progresser la participation d'éléments externes dans le processus de « rulemaking », l'administration restant libre en dernier ressort de faire fi ou non des commentaires reçus. Ce constat contradictoire est le résultat des nombreuses études empiriques qui peuplent les revues juridiques aux États-Unis , se démarquant ainsi de leur consœurs françaises. Les études empiriques sur la question de la participation dans le processus de décision publique décrivent une réalité très variée, nuancée. Certaines concluent que les participants à la procédure de « rulemaking » considèrent la participation comme efficace et d'importance (Furlong 1997, Furlong and Kerwin 2005 , Golden 1998) et des études récentes tendent à prouver que les règles sont influencées par les commentaires écrits ayant eu lieu au cours de la phase du notice&comment (Cropper et al 1992, Yackee 2005 , Yackee and Yackee 2006). Cependant une partie des études réalisées mènent quant à elles à des conclusions beaucoup plus sceptiques, elles ne sauraient parvenir à réaliser un changement significatif quant à la pratique administrative. La participation des citoyens ne serait que l'outil de légitimité des décisions de l'Administration qui ont déjà été prises dans les obscurs bureaux des administrateurs (Cole and Caputo 1984). La participation concrète des citoyens au processus administratif est finalement d'importance minime, (Coglianese 1996 , Desai 1989), et les administrateurs qui voient en cette participation un fardeau trouvent de nombreux moyens de passer outre ses exigences (Ethridge 1980). Les agences ne sont que peu incitées à modifier leur règlements en réponse aux commentaires des citoyens (West 2004) finalement ces mécanismes ne jouent que très rarement quant au contenu des règlements des agences (Fritscher 1989, Harter 1982).

Côté français, la thématique n'est que très peu souvent abordée sous l'angle empirique mais sous l'angle idéologique : il est alors fait écho au mythe de la transformation administrative. Ainsi selon

JB Auby « *la panoplie des mécanismes de participation des citoyens aux décisions administratives qu'offre le droit français sont à la fois conséquentes et lacunaires* »<sup>92</sup>. Elles sont conséquentes car sur le papier, la France peut se targuer de l'existence de nombreuses possibilités de participation organique ou directe des citoyens. Elles sont cependant lacunaires car ces outils sont finalement tous d'une efficacité « *variable et peu élevée* »<sup>93</sup>. De fait, la majorité de la doctrine s'accorde sur les effets limités de ces procédures. Certains auteurs vont même jusqu'à sévèrement pointer du doigt le dispositif mis en place par le législateur français, l'accusant de n'être destiné qu'à créer une sorte de partenariat fictif afin d'obtenir le consensus. Cette démarche s'inscrit dans celle plus globale initiée depuis le début des années 1980 visant à « redorer le blason de l'Administration » et restaurer la relation entre Administration et administrés. Réelle avancée ou allégorie servant l'Administration dans sa quête d'une légitimité contemporaine, reste que le sujet est le cheval de bataille d'un certain nombre d'auteurs de la doctrine française, elle doit donc être selon certains aspects « palpable ».

L'efficacité réelle de ces nouveaux mécanismes participatifs reste encore un large sujet d'interrogation. « *Est-il possible de prétendre faire droit à la participation des citoyens tout en laissant aux professionnels de la politique le monopole de la décision ?* » s'interroge alors Loïc Blondiaux poursuivant le propos en énonçant que « *Le débat fondamental qui subsume tous les autres, reste bien celui de la compétence politique des citoyens. La démocratie est-elle un sport réservé à des professionnels, ou à des amateurs éclairés avec des citoyens spectateurs ?*<sup>94</sup> »

Ces nouvelles méthodes ne sont-elles alors que de simples outils de « substitution de légitimité ». De simple outils de « marketing politique » dont les citoyens seraient à la fois la cible et la victime ? Ou bien l'efficacité relative de ces méthodes doit-elle être relativisée au regard de leur modernité ? Dans ce cas, les coûts fastidieux qu'elles entraînent ne devaient-ils pas être considérés comme des

---

92 *Nouvelles de la démocratie administrative*, Repère par JB Auby in Droit Administratif n° 4, Avril 2010, Repère n°4.

93 Préc.

94 Cité dans *Critiques et dilemmes du débat français sur la participation* par Antoine Bevort, contribution externe de l'ouvrage *La Participation des citoyens dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapports & Documents, N° 13-2008 p93.

investissements de long terme ? La formation aux techniques participatives des élus ainsi que des citoyens ne permettra-t-elle pas de mener progressivement vers un mode de gouvernement idéal au 21ème siècle ? L'argument de la modernité vaut-il pour les États-Unis accoutumés à la démarche participative depuis plus d'un siècle désormais ?

Les questionnements sont multiples. Ce qui ne peut souffrir de contestation cependant, est le fait que l'introduction de l'impératif participatif dans la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire témoigne d'une réaction de la part des gouvernements ; ceux là venant donner réponse aux défaillances de leurs systèmes classiques de régulation ayant fait naître un grondement social grandissant. Ainsi, que la réaction ( par la mise en place de mesures participatives) ne vise qu'à contenir des aspirations citoyennes ou bien qu'elle s'inscrive dans une réelle prise en compte par les gouvernants d'une nécessaire adaptation du fonctionnement des administrations au nouveau visage sociétal du 21ème siècle, elle témoigne au demeurant que l'Administration n'est pas imperméable aux changements sociétaux, elle semble même en être l'accompagnatrice.

# Partie 3 : Vers une « unilatéralité négociée » : L'Administration au cœur d'une société en mouvance

---

A la lumière de l'expérience américaine des méthodes participatives « *La comparaison française, de la pratique des consultations publiques [...] fait doublement pâle figure, bien qu'elle soit potentiellement une voie d'importation de la procédure américaine de publication et de commentaires. D'abord parce qu'elle est récente, elle ne peut prétendre constituer un trait profond de culture administrative pareil à celui qu'ont créé six décennies d'application aux États-Unis. Ensuite et surtout parce qu'elle repose sur l'initiative des autorités concernées ; elle est dépourvue de fondement juridique. En cela elle ne jouit pas d'une codification qui à travers l'uniformisation, généraliserait et accélérerait l'institutionnalisation.[...] elle présente un retard sur le plan de la participation à la confection de l'acte réglementaire qui constitue le fleuron pour l'heure inégalé du premier âge de la citoyenneté administrative outre-atlantique.*<sup>95</sup> »

Les raisons de ce « retard » français face à un système juridique de protection de l'administré novateur aux États-Unis s'expliquent aux vues des traditions juridiques de ces deux pays.

L'exposé pourrait se poursuivre en s'affairant d'une comparaison des performances concrètes des mécanismes de la démocratie participative entre les deux pays, ainsi que de l'épineuse question de l'état du « rattrapage français ». De même il pourrait être mis en exergue les bienfaits ou non de la codification de la procédure administrative s'appuyant sur l'expérience de la « quasi-codification » provoquée par l'APA aux États-Unis. Cependant il semble à ce stade de la recherche plus opportun de s'interroger sur les fondements de ce nouveau visage de la démocratie, vers lequel États-Unis et France se sont tournés; « *sans doute faut-il y voir un nouvel épisode ou processus de démocratisation au long cours qui trouve une de ses sources dans l'élévation du niveau d'éducation, d'information et de qualification d'une population aspirant à combler le fossé entre*

---

95 Dominique Custos, *Droit administratif et américain : Sources et procédures*, in RIDC 2007-2 p 302.

## **Sous-Partie 1 : Un constat partagé : la marche vers l'unilatéralité négociée comme témoin de l'évolution de l'Administration.**

---

Sur les deux rivages de l'Atlantique s'observe un déficit démocratique dans la pratique de la démocratie représentative qui conduit certains auteurs à remettre en cause cet ancien modèle (A) au profit d'une démocratie dite participative (B).

### ***A) Déficit démocratique et remise en cause de la démocratie représentative***

---

#### **§ La crise de la légitimité, élément déclencheur d'une nécessaire évolution de l'Administration.**

Les mêmes causes semblent produire les mêmes effets sur les deux pays. Suite aux métamorphoses de l'Administration et de son action au cours du temps, celle-ci apparaît comme s'étant éloignée du socle démocratique sur lequel elle était fondée. Un État qui se veut démocratique cherchera alors à mettre en place des solutions pour repositionner l'Administration sous l'angle démocratique. États-Unis et France seront donc tous deux amenés à repenser l'action administrative et à faire la promotion d'une « démocratie administrative » via notamment le recours au citoyen comme collaborateur de l'action publique. Le phénomène apparaît aux États-Unis dès les années 50, tandis qu'il faudra attendre en France les années 80 pour voir émerger le thème de la démocratisation administrative dans l'agenda public. L'avance américaine en la matière de même que les attermoissements français se justifient réciproquement par les particularités de chaque système

---

96 In *La participation des citoyens dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapports&Documents n°13-2008 p 11.

juridique.

### § Crise de légitimité aux États-Unis ....

Sur le continent américain, la crise de légitimité qui pose problème dès la première partie du XIX<sup>ème</sup> siècle recevra un traitement rapide et pragmatique. L'essence même du régime administratif américain, qui se met en place via la mise en place d'un réseau d'agences indépendantes, oblige très vite le législateur à doter ce régime de mesures conciliant son fonctionnement avec les principes de la démocratie. En effet aux États-Unis c'est le développement considérable des agences administratives indépendantes (notamment après la période du New Deal) qui amène législateur et citoyen à s'interroger sur la légitimité et le bien fondé de l'État contemporain qui semble bien loin de l'idéal de « *l'État minimal de l'âge de la Frontière* »<sup>97</sup>. Si dans un premier temps il semble possible de contrôler l'action de ses agences par la technique de « l'ultra-vires » qui consistait en un simple contrôle par le juge de ce que l'agence se limitait au pouvoir qui lui avait été confié par la loi, il fut ensuite fait recours à l'argument technocratique pour justifier de l'accroissement des agences et de leur pouvoirs : « *ce qui pouvait légitimer la puissance des agences et leur indépendance était l'expertise dont elles étaient le siège* »<sup>98</sup>, bientôt cependant les butoirs ne sont plus suffisants et les craintes trop persistantes . Le rapport de la Commission Bromnlow (1937) dresse ce constat et permet une prise de conscience globale d'un gouvernement qui n'est plus l'appareil minimal dont avait rêvé les Pères Fondateurs. La compétence normative a été dispersée avec l'attribution de compétences aux agences indépendantes qui occupent une place de plus en plus importante. « *Rapidement on a aux États-Unis la notion de partage d'un pouvoir législatif et donc de la nécessité d'entourer son exercice de garanties propres à compenser le fait qu'il est placé entre des mains autres que celles des représentants du peuple* » alors « *L'exigence de démocratie administrative affleure ainsi aisément , comme un prolongement naturel de la*

---

97 Richard W. Parker, *Du contrôle du pouvoir administratif aux Etats-Unis* in AJDA 1999 p 751.

98 JB Auby, *Droit administratif et démocratie in Droit administratif n°2*, Étude n°3, février 2006.

*démocratie politique* »<sup>99</sup>. Il s'agit de garantir une « *démocratie de subsitut* » face à des agences devenues « *législateur délégué* »<sup>100</sup>. Ceci explique que l'APA ait voulu organiser la participation à l'acte réglementaire sur le modèle des débats législatifs ayant cours au Congrès.

### **§...Le recours aux mécanismes participatifs ; une réponse naturelle et rapide.**

Pragmatique et réaliste, le législateur américain va veiller à assurer la démocratie à l'intérieur des agences, en imposant des procédures ouvertes et transparentes ,aussi bien qu'à l'extérieur des agences via le contrôle de la Cour Suprême. Le législateur avec l'APA de 1946 organise l'encadrement procédural de l'acte réglementaire fondé sur un modèle de représentation des intérêts, s'articulant notamment autour de l'article 553 de l'APA. « *La participation devient la règle* »<sup>101</sup>.

L'introduction d'outils participatifs dans la procédure d'élaboration de l'acte réglementaire se fait assez tôt et avec facilité aux États-Unis, en témoigne l'interprétation favorable que les juges américains ont fait de l'APA jusqu'à ce que la mise en place de ces outils participatifs s'inscrive dans une « routine quotidienne » du travail administratif. Cette facilité est la conséquence logique d'une pensée philosophique et d'une histoire politico-juridique propre aux États-Unis. L'histoire de l'engagement civique aux États-Unis est une histoire ancienne, elle remonte au moins au début de l'ère des communautés puritaines s'organisant autour de « convenant », ayant pour but de tendre vers un « self-gouvernement »<sup>102</sup>. Les procédés de la démocratie directe ont donc des racines profondes, elles naît dans les « New England Town Meetings » et se développe avec la pratique des associations volontaires au long des siècles. Tocqueville décrit très tôt la formation d'un réseau d'associations volontaires qui fonctionnait tel un mécanisme permettant à une société individualisée de pouvoir agir par ses citoyens regroupés en agrégations d'intérêts. Aussi le continent Américain se démarque par sa pensée philosophique individualiste et conçoit alors l'intérêt général plutôt comme la somme des intérêts individuels que comme un intérêt transcendants les intérêts particuliers.

---

99 Dominique Custos, *Droit administratif français et américain : sources et procédures*, in RIDC Vol2-2007 p 285.

100 Prec.

101 JB Auby, *Droit administratif et démocratie*, in Droit administratif n° 2, Étude n°3 février 2006.

102 T.L Cooper, T.A Bryer, J.W Meek, *Citizen-centred collaborative public management*, in PublicAdministrationReview, Dec2006p76



L'agrégation des intérêts (devant être compris comme ceux de l'Administration et ceux des citoyens) a parfois été considéré comme la source première du droit administratif américain. « *La philosophie américaine voit dans la loi moins l'expression d'une volonté générale qui transcende les intérêts particuliers que le résultat d'un compromis négocié entre les multiples groupes d'intérêts qui composent une société pluralistes. Dans cette optique , les agences ne peuvent prendre des règlements valides que si tous les groupes intéressés sont admis à faire entendre leur voix dans leur élaboration* »<sup>103</sup>. Prise en compte de l'intérêt individuel et poursuite de l'intérêt général ne sont donc pas inévitablement perçus comme contradictoires. En revanche ce qui est pensé comme contradictoire réside plutôt dans le tandem gouvernement/intérêt général. Les citoyens américains entretiennent une méfiance rampante envers la figure du gouvernant, ceci étant notamment dû à leur histoire marquée par la domination de la monarchie anglaise. Le postulat cynique selon lequel les hommes du gouvernement servent leurs propre intérêts et non ceux des citoyens, s'accompagnant du rêve de l'État minimal perdue à travers les siècles. Les Administrations sont donc rapidement suspectées de faire « *les réglementations qui leur conviennent* »<sup>104</sup>et énergiquement se propage l'idée que le citoyen peut être victime de l'Administration , de ce fait rapidement également la décision de l'administration active qui affecte les biens ou la personne du citoyen sera traitée en Amérique de la même façon que l'est une décision prise par une juridiction administrative dans l'Hexagone, du moins concernant les exigences de procédure. Cette tendance vive au procéduralisme peut également être attribuée à l'absence d'un juge spécialisé qui serait alors susceptible d'encadrer efficacement le nombre et le pouvoir des agences indépendantes.

« *Outre-Atlantique, le droit administratif constitue avant tout un droit de la régulation.*

*Celle ci dans un contexte de forte défiance à l'égard de la bureaucratie est perçue comme une menace pour la liberté et la propriété qu'il convient de protéger non seulement à travers des*

103 Elisabeth Zoller, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie* in RFDA 2004, p 757.

104 Richard W. Parker, *Du contrôle du pouvoir administratif aux Etats-Unis* in AJDA 1999 p 751.

*contrôles à posteriori mais encore au moyen de procédures préalables. Ainsi le régime des agences ne s'ordonne pas autour des notions de puissances publiques et de service public. Il se nourrit, depuis 1946 d'exigences de participation et de transparence, d'impartialité et de responsabilité ».*<sup>105</sup>

### **§ La France, un cheminement vers la démocratie administrative plus long.**

De l'autre côté de l'océan Atlantique, l'histoire est à peu de chose près la même. C'est celle de la crise d'un modèle classique face à la modernité, de la remise en cause de la légitimité administrative face aux métamorphoses du pouvoir administratif. Cependant le cheminement est plus long, plus difficile car le droit administratif français se fonde sur des idéaux anciens et profondément ancrés dans la tradition juridique française. L'Administration française se développe dans un cadre législatif exorbitant du droit commun du fait de sa mission : assurer l'intérêt général qui transcende les intérêts individuels. Le droit administratif français se fonde autour des concepts de prérogatives de puissance publique et de service public. Il est un droit inégalitaire. L'Administration afin de mener à bien sa mission doit être puissante et libre de ses mouvements. Ainsi au long du XIX<sup>ème</sup> siècle et pour une grande partie du XX<sup>ème</sup> « *l'administré subit l'action administrative et ses contraintes, contrevient à ses règlements, bénéficie des services qui lui sont rendus, mais ne participe pas activement à l'administration. Sa plainte au contraire en perturbe le cours. L'administration assure la défense de l'intérêt général, et à ce titre juge du litige né de son propre fait ou de celui de l'administré, et cette position de juge (et partie) découle de la charge de l'intérêt général et de son droit exclusif à le définir. Il paraît ainsi essentiel que l'administration conserve à tout moment cette position souveraine, qu'ainsi, son action ne puisse subir de remise en cause profonde* »<sup>106</sup>. La conception de l'intérêt général à la française donne « carte blanche » à l'Administration. Son pouvoir unilatéral lui permet en effet de « *faire prévaloir l'intérêt général lorsqu'il se trouve en conflit avec les intérêts particuliers* »; cette conception de l'intérêt général « *a pour conséquence un exercice de la puissance publique rejetant formellement tout intérêt*

---

<sup>105</sup>Dominique Custos, *Droit administratif français et américain : sources et procédures*, in RIDC Vol2-2007 p 285.

<sup>106</sup>Yann-Arzel Durelle Marc, *Le « citoyen administratif » : les données théorique et historique d'une quadrature*. RFDA 2008 p7.

particulier, notamment au travers de la participation du destinataire de l'acte ou de l'utilisateur du service public »<sup>107</sup>. La citoyenneté ne se conçoit que dans l'arène politique : l'assujettissement de l'administré devait se percevoir comme la contrepartie de sa qualité de citoyen sur le plan politique. Le citoyen est actif mais l'administré est passif : « C'est là une conséquence de la théorie de la souveraineté nationale qui, depuis la Révolution, appelle la démocratie représentative : sitôt le peuple représenté, il perd toute possibilité de participer au pouvoir qu'il a délégué »<sup>108</sup>. L'Administration était réputée démocratique du fait de sa soumission à la loi. Selon la vision légaliste française ; cette obéissance à la loi les positionnait « dans un champ de force unique qui converge vers la volonté nationale »<sup>109</sup>. Cependant les métamorphoses de l'Administration (consécration d'un pouvoir réglementaire autonome, développement de l'interventionnisme étatique) mais également la dématérialisation de la règle de droit nationale conduisirent à la rupture de cette liaison. Dès lors la citoyenneté politique ne suffisait plus à justifier l'assujettissement de l'administré et la poursuite de la démocratie administrative acquiert alors tout son sens. Pourtant, la réaction tarde un peu et la « confiscation de la compétence en matière d'intérêt général par [...] l'administration »<sup>110</sup> perdure. La doctrine regarde avec méfiance toutes formalités nouvelles qui seraient imposées à l'Administration craignant que celle-ci ne s'avère un fardeau pour l'Administration qui perdrait ainsi sa capacité à s'adapter rapidement aux situations qu'elle rencontre. De même il règne pendant longtemps en France une tradition de non remise en cause de la haute fonction publique. L'imposition de mécanismes participatifs en France ne va pas de soit.

J.B Auby fournit une analyse intéressante de ce qu'a été « le programme historique » du droit administratif français<sup>111</sup> : selon lui sa première mission fut celle de « faire émerger l'État de droit en matière administrative ». A cette fin il a fait naître un juge libre de ses mouvements et a développé des techniques contentieuses. Dans le même temps il fallu caractériser la mission de l'État, ie

---

107Grégory Houillon, *Jean Rivero, démocratie et administration*, in RFDA 2009 p 1057.

108Préc.

109JB Auby, *Droit administratif et démocratie*, in Droit administratif n°2, février 2006, Étude N°3.

110Yann-Arzel Durelle Marc, *Le « citoyen administratif » : les données théorique et historique d'une quadrature*, RFDA 2008 p7.

111 JB Auby, *Droit administratif et démocratie*, in Droit Administratif N°2, fev 2003, Étude n°3.

l'identifier et l'encadrer juridiquement. Sont alors nées les notions de « puissance publique » ainsi que de « service public ». Cette dernière notion deviendra l'instrument théorique de la seconde « *grande mission historique* » du droit administratif français, celle de doter l'État providence d'un armement juridique. Ce programme historique de la matière administrative française se poursuit avec l'appropriation par le juge administratif de la protection des droits fondamentaux, cette étape est la conséquence du développement des normes internationales en la matière. Enfin, « *l'une des étapes essentielle à venir* » quant à la destinée du droit administratif français serait celle qui tourne autour de la volonté d'assurer la « *démocratie dans le quotidien du droit administratif* ». Elle serait l'étape initiée aujourd'hui via l'introduction des mécanismes participatifs.

### **§ La situation actuelle: quelle position pour la France dans la course aux mécanismes participatifs ?**

Sur les deux continents donc il a pu être observé une remise en cause de la « vision linéaire de la décision ». Très vite les décideurs publics américains intègrent l'idée d'un partage du pouvoir de décision « *au sens de délégation par une autorité compétente d'une partie de ses prérogatives de décision à des formes de démocratie participative* »<sup>112</sup>. L'idée commence tout juste à séduire sur le territoire français. Cela étant dit , il est intéressant de remarquer que les deux continents semblent désormais adopter des tendances contraires : L'intégration du droit international dans le système juridique américain tend à bouleverser les acquis de la démocratie administrative américaine en introduisant un mode de décision selon le modèle des réseaux issus de la globalisation et de la multi-level gouvernance. Tandis que la France via l'internationalisation de son droit qui se traduit avant tout par une européanisation de la procédure administrative enregistre des avancées en matière de démocratie administrative ( notamment grâce à la consécration du principe du contradictoire). Les États-Unis témoignent-ils donc d'une étape prochaine du droit administratif dans laquelle « [...] *La globalisation est perçue comme une menace de subversion des valeurs de*

<sup>112</sup>La participation des citoyen dans l'action publique, Centre d'analyse stratégique, Rapport&Documents, n° 13-2008 p 12.

*transparence, de participation et de responsabilité qui irriguent le droit administratif national.»<sup>113</sup>*

ou bien marquent-ils ici leur singularité quant à une évolution de son droit de la régulation jusqu'alors relativement semblable à celle de la France ?

Une chose reste sûre : les deux continents, par des cheminements différents, ont tous deux mis à l'agenda le thème de la démocratie administrative, ce thème venant bouleverser celui de la démocratie représentative, socle traditionnel sur lequel reposait la légitimité de leur droit administratif.

***B) De la démocratie représentative à la démocratie participative :  
la mise en place d'une Administration moderne ? Enjeux et  
débat d'une « nouvelle modernité ».***

---

Répondre aux demandes de participation exige de repenser la notion de démocratie représentative, en effet participation et démocratie représentative peuvent à certains égards apparaître incompatible. Si la participation des citoyens s'entend comme un changement de décideur ou bien si elle conduit à paralyser l'action des décideurs élus au suffrage universel, la participation s'inscrit alors en porte-à-faux de la démocratie représentative. Que s'agit-il de mettre en place alors ? La démocratie directe, véritable utopie, ne peut être entendue que comme un complément à la démocratie représentative. Quel serait donc ce modèle hybride de démocratie que nombreux appellent de leur vœux ?

---

<sup>113</sup>Dominique Custos, *Droit administratif français et américain : sources et procédures*, in RIDC Vol2-2007 p 285.

## § Le dépassement de la démocratie représentative...

« *La démocratie continue est une démocratie de délibération* »<sup>114</sup>. La critique des faillites du système représentatif s'est peu à peu transformé en promotion d'une démocratie dite « participative ou « directe » selon les querelles de vocabulaire des théoriciens, fondée sur la délibération. La délibération doit s'étendre « *à l'ensemble du champ social participant à l'énonciation de la norme[... ]. Concurrentiel et délibératif, le nouveau régime d'énonciation des normes est ainsi la marque d'un au delà de la démocratie représentative* »<sup>115</sup>. Américains et Français ont fait le choix de la démocratie représentative dès la fin du XVIIIème siècle. Ce modèle s'appuie sur la souveraineté du peuple de laquelle découle deux engagements complémentaires: les citoyens ne peuvent se soumettre qu'à la loi à laquelle il ont consentie via l'élection des faiseurs de loi , de même que les gouvernants doivent d'être responsables devant le peuple de manière directe via le bulletin de vote et de manière indirecte grâce à la possible mise en jeu de la responsabilité des ministres auprès des organes élus. La démocratie représentative a su faire consensus de nombreuses années durant . Ainsi comme le proclamait Tocqueville « *Ce n'est jamais qu'avec effort que les hommes s'arrachent à leur affaires particulières pour s'occuper des affaires communes ; leur pente naturelle est d'en abandonner le soin au seul représentant visible et permanent des intérêts collectifs, qui est l'État* »<sup>116</sup>. Tocqueville nous décrit un citoyen qui par manque de goût et de temps privilégient leur activités privées plutôt que de participer à la vie politique. Cette mise à l'écart de la vie politique par le citoyen constituait l'un des « fusibles » de la démocratie représentative.

## §... par la démocratie « directe » ou « participative », retour utopique aux origines ou dérivé réaliste de la modernité via la conciliation ?

Phénomène contemporain, la doctrine vient pointer les insuffisances du modèle classique de la

---

114 Dominique Rousseau in *La démocratie continue* 1995 cité dans *Le débat public: une réforme dans l'État*, Serge Valleont, LGDJ 2001, 34.

115 Préc.

116 Cité dans *La participation des citoyens dans l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Rapport & Documents, N°13-2008 p6.

démocratie et veut promouvoir une démocratie fondée sur les principes délibératifs. Parmi eux se trouve notamment Ulrich Beck qui l'érige en solution face à la nouvelle « *société du risque* » ou encore Jürgen Habermas qui pense que si la démocratie se veut « continue » elle doit être une démocratie désormais « participative » « *Dynamique toujours inachevée, la démocratie doit trouver aujourd'hui dans la démocratie participative une nouvelle étape de son avancée* »<sup>117</sup>. La doctrine prônant une démocratie plus directe accompagne ainsi une demande sociale qui a vu le jour au cours des dernières décennies, perçue comme une « *tendance de fond* » supplantant « *un certain désenchantement à l'égard du politique* »<sup>118</sup>. Faut-il s'investir pleinement dans la recherche d'une démocratie participative ou bien faut-il analyser avec méfiance ce concept nouveau porteur d'exigences illimitées ? Loïc Blondiaux, docteur en science politique et auteur de plusieurs ouvrages sur le sujet met en évidence cinq raisons, prenant la forme de cinq critiques fondamentales, justifiant de la méfiance envers la démocratie participative, de même qu'il met en lumière cinq raisons de considérer avec soin la démocratie participative « *malgré tout* ». Ainsi pour le chercheur si la démocratie participative est porteuse d'espoirs elle est avant tout porteuse de risques : « *elle comporte des risques conséquents d'oblitérer les conflits, de renforcer les inégalités, de promouvoir un type de citoyenneté individuelle, de n'être qu'un jeu artificiel, ou encore une démocratie simulacre, en trompe l'œil* » ; mais elle ne doit cependant pas être délaissée d'intérêts puisqu'elle peut agir telle un « *opérateur de reconnaissance politique des débats, un instruments de justice sociale, une arme de contestation et un moyen de contrôle [de l'Administration]. Elle est enfin un moteur de transformation politique* »<sup>119</sup>. Ceci venant donc de souligner l'importance d'un bon usage des techniques de la démocratie directe, notamment grâce à un minutieux dosage et la recherche d'un point d'équilibre entre le trop plein et le trop peu de démocratie participative.

La démocratie directe est théorisée et mise en pratique au cours des démocraties athéniennes. Les décisions politiques étaient prises par l'assemblée des citoyens. Le procédé date de l'Antiquité et la

---

117 Michel Falise, in *La démocratie participative, promesses et ambiguïtés*, Edition de l'aube, 2004, p 42.

118 In *La participation des citoyens dans l'action publique, Centre d'analyse stratégique*, Rapport & Documents, N°13-2008 p8.

119 Préc.

démocratie Athénienne a ensuite servi de modèle aux démocraties modernes, faut-il donc considérer les évolutions récentes des systèmes de droits français et américain plus comme un retour aux origines, comme un renouveau que comme la mise en place de procédés inédits ? La conclusion serait cependant trop hâtive, il suffit d'un coup d'œil rapide pour se rendre compte que la démocratie directe appelée des vœux d'une partie de la doctrine et du public au XXIème siècle est une démocratie directe d'un nouveau genre, née de la conciliation des impératifs du gouvernement représentatif, elle est une « démocratie participative » que certains aiment à désigner sous le vocable d'une « démocratie semi-directe », d'autres évoquant un modèle « hybride » de démocratie directe. Ainsi selon les termes de Michel Falise la démocratie participative d'aujourd'hui est « *une recherche d'adaptation du fonctionnement démocratique aux conditions d'aujourd'hui, en d'autres termes la phase contemporaine de cette dynamiques inachevée que constitue l'imprégnation d'un système politique par l'utopie démocratique.*<sup>120</sup> ». Une définition plus simple et consensuelle est celle de Pierre Rosanvallon pour qui la démocratie participative consiste à « *transformer un peuple introuvable en une communauté politique vivante* »<sup>121</sup>. La démocratie participative se nourrit de la citoyenneté administrative qu'elle met en place : en effet elle exige que se crée un nouveau lien singulier entre l'administré et son administration. Ce rapport n'étant pas de la même nature que celui existant entre le citoyen et son représentant. Le citoyen en devenant collaborateur de l'Administration doit alors lui fournir une information ajustée qu'il aura acquis grâce à un partage nouveau de l'expertise entre la société et l'Administration.

Pragmatique et réaliste, la visée n'est pas celle d'une « désintégration » du régime représentatif . « *Ces deux principes d'expression politique n'ont pas à se concurrencer. Ils ont à se compléter pour assurer la cohérence et la modernisation de l'action publique.* »<sup>122</sup>. Idéalement donc l'équilibre doit être recherché notamment en vue de compléter la démocratie représentative sans la désintégrer. Nos démocraties modernes se trouveraient alors à un moment délicat de leur développement au cours

120 Michel Falise, in *La démocratie participative, promesses et ambiguïtés*, Edition de l'aube, 2004, p22.

121 Cité par Michel Falise in *La démocratie participative, promesses et ambiguïtés*, Edition de l'aube, 2004, p44.

122 In *La participation des citoyens dans l'action publique, Centre d'analyse stratégique*, Rapport & Documents, N°13-2008 p81.



duquel elles doivent trouver un nouveau point d'équilibre entre régime représentatif et participation. Ces tensions entre le modèle représentatif et participatif conduisent donc à « *une évolution des formes traditionnelles du gouvernement représentatif* »<sup>123</sup>.

« *La demande de participatif favorisée par les limites du représentatif, contribue en retour à moderniser ce dernier et à nous faire reprendre conscience de la haute importance des procédures formelles des démocraties contemporaines.*<sup>124</sup> » Aussi cette demande nouvelle constitue l'une des facettes d'une société en mouvance. Cette évolution et les interrogations et débats auxquelles elle même s'inscrit dans le contexte plus global et plus flou de la modernité, voire de la post-modernité, époque(s) faisant la part belle aux nouveaux concepts de « société plurielle » et à son miroir anglo-saxon de « civil society », ou encore de « gouvernance ».

## **Sous-Partie 2 - Conclusion(s) et interrogation(s) : L'évolution de l'Administration comme témoin des changements de la société .**

L'introduction d'outils participatifs dans le mécanisme classique de la prise de décision publique témoigne d'un « changement de paradigme » qu'il est possible d'interpréter avec optimisme (A) ou avec défiance (B).

---

123Préc p82.

124Idem.

## A) Du constat positif...

---

Ce comportement nouveau peut être le témoin d'une société qui progresse, d'une société améliorée. Il est l'annonce de l'entrée dans une nouvelle ère du gouvernement des hommes, celle de la gouvernance qui accompagne et se nourrit de la prise de pouvoir du citoyen.

### **§ La gouvernance, dépassement d'un ancien clivage gouvernants/gouvernés.**

L'apparition de mécanismes participatifs signe une prise de conscience de la part des hommes de gouvernement de la fracture qui séparait la sphère civile de la sphère politique. Elle est le dépassement des postulats anciens qui faisaient du citoyen un simple « consommateur » de la démocratie. Il semble révolu le temps où Platon affirmait qu' « *il en va de la cité comme du navire, jamais la foule ne saurait gouverner avec intelligence ni un navire ni une cité* »<sup>125</sup>. Le temps de l'unilatéralité s'érode alors que la voie vers le concept plus « doux » de la gouvernance se dévoile. Le concept, née dans les années 1990, repose sur la recherche d'adhésion et la collaboration. L'action de gouverner ne devait plus être perçue comme le simple fait de gérer les affaires du gouvernement mais elle doit inclure une interaction du gouvernement avec le secteur non gouvernemental<sup>126</sup>. Il s'agit d'associer les personnes privées à la prise de décision afin de parvenir à une meilleure décision. La gouvernance se veut en effet garantie d'efficacité.

### **§ « L'empowerment du citoyen ».**

Il s'observe donc une prise de pouvoir du citoyen, un « empowerment » du citoyen selon le terme anglo-saxon qui ne possède pas d'équivalent dans la langue française mais qui pourrait s'entendre comme un transfert de ressources et de compétences politiques au profit du citoyen. Les citoyens forment de nouveaux acteurs, de nouveaux contrepoids face au pouvoir administratif sous la figure

---

<sup>125</sup>Platon, *La République* cité dans *La participation des citoyens dans l'action publique, Centre d'analyse stratégique, Rapport&Documents, N°13-2008 p86.*

<sup>126</sup>Terry L.Cooper, Thomas A.Bryer, Jack W.Meek, *Citizen-centered collaborative public management*, in *Public Administration Review*, Dec 2006 pp76-88.

du riverain, de l'usager ou tout simplement du citoyen éduqué. En effet le citoyen devient un citoyen-expert, capable de jouer le rôle de collaborateur , de conseiller de l'administrateur. Sa voix compte désormais tout autant que sa voix électorale, la victoire électorale ne suffisant plus désormais à assurer la légitimité du décideur public. Le citoyen n'est donc plus réduit simple rôle d'électeur, il semble avoir repris ses droits. S'observerait alors un phénomène qui pourrait être qualifié de « petite révolution tranquille », replaçant le citoyen au cœur de son destin politique, au sein d'une société à laquelle les nouveaux grands problèmes transversaux (bioéthiques, environnement..) avaient pu faire perdre ses repères. Cette « révolution civile » se lie notamment dans l'émergence d'une « société civile » ou d'une « société plurielle » , qui en regroupant les « forces vives » de la société permet de « *faire du citoyen le régulateur de cette nouvelle complexité, dans l'ordre du droit administratif comme ailleurs* <sup>127</sup> ». Cette société civile émergente montre le visage d'une société solidaire et concernée, elle dénote une évolution de la conscience écologique mais également un « *dépassement de l'horizon individuel, une ouverture aux problèmes et défis du vivre ensemble* <sup>128</sup> ». Ces analyses viennent contredire celles souvent faites d'un public égoïste, passif, cynique et sardonique face à la politique .

### ***B)...Au postulat cynique***

---

Cependant, il est également possible de porter un regard beaucoup plus désenchanté quant à ces comportements nouveaux. En effet il est possible de deviner derrière cette tendance une forme nouvelle de manipulation du citoyen de la part du politique, de même qu'il peut y être analysé une accentuation des égoïsmes.

---

127JB Auby, *Droit administratif et démocratie*, in Droit administratif n°2, février 2006, Étude n° 3.

128Michel Falise, *La démocratie participative, promesses et ambiguïtés*, année p 35.

## § Le citoyen victime de l'ère du « tout-publicitaire »

Les nouveaux mécanismes participatifs mis en place ne sont pas tous assurés d'une influence probante quant à la prise de décision. Comme il a été dit, nombreuses sont les critiques pointant du doigt une efficacité sinon relative quasi nulle de ces mécanismes. Les critiques se poursuivent en évoquant en les accusant de n'être que des procédés de « marketing politiques ». Véritables « chèques en blanc » des hommes politiques au citoyens, ils ne seraient mis en place que comme « substituts de légitimité » tentant de répondre à la « crise du politique », se traduisant notamment par un absentéisme électoral, des votes protestataires, des bulletins blancs ou encore via les enquêtes d'opinions et née justement d'une perte de confiance en la loi ou autres textes réglementaires dont les sources d'élaboration diffuse échappe au contrôle du citoyen. A l'ère du « tout publicitaire » ces mécanismes dépourvus de réelle efficacité ne seraient organisés que pour conquérir l'assentiment du citoyen et contenir ses revendications. Ainsi les citoyens ne s'en sortiraient pas renforcés mais victime de l'hypocrisie des hommes du gouvernement frileux quant à l'idée de réellement injecter des « doses de démocratie directe » dans le processus classique de prise de décision publique , peut être apeurés à l'idée que cela ne revienne à ouvrir une véritable boîte de Pandore. Cependant la figure du décideur public n'est pas la seule à souffrir d'une analyse pessimiste de la mise en place des mécanismes participatifs dans nos sociétés modernes, de même le visage du citoyen peut s'en trouver terni.

## § Vers une montée des individualismes ?

Plus qu'une implication du citoyen, il est possible de lire en ce comportement nouveau la manifestation du « NIMBY-ISM <sup>129</sup>» et donc une entrée dans la vie politique biaisée, coïncidant avec la montée des individualismes<sup>130</sup>. L'intérêt général ne semble plus pouvoir être pensé comme un intérêt transcendant les intérêts individuels et alors que les États-Unis auraient été les premiers à

---

129« Not-In-My-Back-Yard » action de rejeter toute nuisance dans son environnement proche.

130Hugh I. Miller and Jason Pandall Nunemaker, « *Citizen governance* » *as image management in postmodern context*, theory and praxis, vol 21-n°3, sept 1999 pp302-308.

enclencher le pas, la tendance est désormais plus globale. Les mutations sociologique et culturelle ont conduit à complexifier et parcelliser la société. Les principes de la gouvernance font la part belle à ses distorsions en intégrant dans la prise de décision des acteurs multiples et diffus regroupés autour d'intérêts communs. La gouvernance conduirait à l'apparition d'un « État creux »<sup>131</sup> créateur d'un « droit mou » .

---

<sup>131</sup>Expression de Jean Leca reprise dans *Débat public et participation démocratique*, Pierre Chambat et Michel Fourniau in *Le débat public : une réforme dans l'État*, Serge Vallemont, LGDJ 2001,p10.

## **Conclusion Finale**

Au terme de ce travail de recherche peut être faut-il nuancer le propos relatif à un retard français toujours perceptible en la matière. Si certains affirment que « *l'encadrement pré-décisionnel de l'acte administratif demeure encore en chantier*<sup>132</sup> » en France, il importe de prendre un certain recul et d'analyser la procédure administrative dans son ensemble. Ainsi si le citoyen américain lésé par l'action administrative peut au même titre que son confrère français remettre en cause cette action par la voie judiciaire, la procédure reste exceptionnelle. Sur le continent américain, peu d'affaires concernant l'action de l'Administration ne se retrouvent devant les tribunaux. Les frais de procédures sont souvent insurmontables puisqu'il n'existe pas comme en France de procédure sans frais garantie en cas de recours pour excès de pouvoir. Au contraire en France la procédure du recours pour excès de pouvoir ne cesse de se développer (avec notamment les avancés du principe du contradictoire), et elle est financièrement abordable pour le citoyen français. Finalement, elle est un moyen fort aux mains du citoyen lui permettant de faire écho de son opinion. Aussi plutôt que de parler d'un retard français en la matière peut être faudrait-il plutôt parler d'un équilibre différemment exercé entre le citoyen et son administration de part et d'autre de l'Atlantique. Bien évidemment le débat pourrait se poursuivre quant aux avantages supposés d'un contrôle de l'Administration par le citoyen à posteriori et mis en œuvre dans un esprit de collaboration, par rapport à un contrôle exercé à priori et se déployant dans une quadrature conflictuelle. Aussi si l'empilement législatif nécessaire à la mise en œuvre de la participation peut donner l'impression d'une certaine confusion et d'hésitation de la part du législateur français, l'interprétation ne peut-elle pas être faite d'un législateur français soucieux d'une adaptation la plus parfaite possible à chaque type de situations, ie à chaque type de décision de l'administration active. Réciproquement, ne faudrait-il pas alors déceler une certaine « paresse législative » du côté américain, qui en adoptant une loi de procédure générale fait fi de certaines particularités de l'action

---

132Dominique Custos, *Droit administratif et américain : sources et procédures* in RIDC Vol n°2-2007 p 296.

administrative. De même lorsqu'il est reproché à la France de s'abonner à un « régime de demi-mesure » laissant trop de discrétion aux administrateurs dans la mise en œuvre des procédés participatifs, il convient de rappeler que si aux États-Unis la procédure de notice&comment s'applique toujours, la procédure obligeant à la mise en place d'une audience, de même que la procédure négociée ne sont mises en œuvre qu'à la demande du législateur. Elles ne sont selon la plupart des études faites sur le sujet que rarement réclamées. Il par ailleurs aisé de deviner les conséquences en la matière d'une majorité républicaine au Congrès...

Toujours est-il qu'un simple regard au code de justice administrative prouve combien l'Administration française sait donner une place au citoyen dans son action. La procédure paraît certainement plus fastidieuse et son visage aux allures de « procès » peut vite décourager le citoyen. De là ne peut-il pas être alors permis d'inverser quelque peu la critique : en effet plutôt que de recourir au reproche, déjà répandu, du manque de volontarisme des Administrations dans la mise en œuvre des mécanismes participatifs ainsi que de la faible efficacité réelle de ces derniers, ne se pourrait-il pas être mis en avant une certaine passivité du citoyen ? En effet ne faut-il pas blâmer le citoyen de ce siècle qui, trop individualiste est souvent sujet au symptôme du passager clandestin ? Face à ce paradoxe de nos démocraties modernes, identifié par Tocqueville, dans lesquelles si un pouvoir d'action est donné, le citoyen trop occupé à profiter de son « bien être » en vient à le délaissé, le penseur avait vanté les mérites des corps intermédiaires et du regroupement en association. Cependant dès lors que ces associations prennent la forme de lobbys et prennent place sur le « marché de la participation » qu'en est-il de la voix du citoyen ?

La démocratie participative bien qu'elle soit porteuse d'espoirs semble receler de nombreux effets indésirable en guise de « revers de médaille ». Ce visage double-face d'une démocratie plus directe peut facilement mettre mal à l'aise, en témoigne les réactions qu'avaient suscité l'évocation de ce thème par une candidate déchue à l'élection présidentielle française de 2007. Impliquer le citoyen dans la prise de décision appelle à de nombreuses réactions circonspectes, tant de la part des élus, des intellectuels et visiblement de la part des citoyens également.

# Bibliographie

## Ouvrages :

- Michel Falise, La démocratie participative, Promesses et ambiguïtés, Éditions de l'Aube 2004.
- Michel Fromont, La procédure administrative non contentieuse en droit français, Bibliothèque de droit comparé européen, Volume XIV, Bruylant 2000.
- Bernard Schwartz, Le droit administratif américain, notions générales, Sirey 1952.
- Serge Vallemont, Le débat public : une réforme dans l'État, LGDJ, 2001.
- George Vedel et Pierre Devolvé, Le système français de protection des administrés contre l'administration, Collection droit public, Editions Sirey 1991.
- Centre d'Analyse Stratégique, Rapports&Documents, La participation du citoyen dans l'action publique, La Documentation française, N°13-2008.

## Thèse(s) :

- Gloria Capt, Les procédures administratives en droit américain, Thèse de licence et de doctorat présentée à la faculté de droit de Lausanne, coll « travaux et recherches du centre universitaire de droit comparé de la faculté de droit de Lausanne », Genève, Ed. Croz 1989.

## Revues :

- Brian Adams, Public Meeting and the Democratic Process, in Public Administration Review, January/February 2004, Vol 64, N°1 p 43-54.
- Jean Bernard Auby, Droit administratif et démocratie, in Droit Administratif n°2, février 2006, Étude n°3.
- Jean Bernard Auby, Nouvelles de la démocratie administrative, in Droit Administratif n° 4, avril 2010, Repère n°4.
- Julien Bétaille, Le droit français de la participation face à la convention d'Aarhus, in AJDA 2010 p2083.
- Grégoire Bigot, Les mythes fondateurs du droit administratif, in RFDA 2000, p 527.
- Jacques Caillose, Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français, Bref essai de mise en perspective, in AJDA 2010, p 931.
- Jacques Chevallier, La transformation de la relation administrative:mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 2000-231 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations), in Recueil Dalloz 2000 p 575.
- Cary Coglianese, Citizen Participation in rulemaking : Past, Present and Future, in Duke Law Journal 2006, Vol 55, p 943.
- Cary Coglianese, Assessing consensus : the promise and performance of negotiated rulemaking, in Duke Law Journal, April 1997, Vol 46 N°6, p 1255.



- Terry L.Cooper, Thomas A.Bryer, Jack W.Meek, Citizen collaborative public management, in Public Administration Review, Dec 2006 Special Issue : Articles on collaborative management, p76-88.
- Dominique Custos, Droit administratif français et américain : sources et procédures, in RIDC 2007 Vol 2, p285.
- Yann-Arzel Durelle-Marc, « Le citoyen administratif » : les données théoriques et historique d'une quadrature, in RFDA 2008 p7.
- Matthew Flinders, Theory and method in the study of delegation : three dominant traditions, in Public Administration Review 2004, Vol 87, N°4 p955-971.
- Archon Fung, Varieties of Participations in Complex Governance, in Public Administration Review, Dec 2006 Special Issue : Articles on collaborative management, p 66-76.
- Kathleen E.Halvorsen, Assessing the effect of Public Participation, in Public Administration Review, Vol 63, N°5 Sept-Oct 2003, p 535-543.
- Edmont Honorat, L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse, in AJDA 1996, p 76.
- R.Hostiou, Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, in RIDC Vol 29 N°1, janvier-mars 1997, p 240.
- Renée A.Irvin and John Stansbury, Citizen participation in decision making : is it worth the effort ? in Public Administration Review, Vol 64 N°1, jan-feb 2004, p 55-65.
- Yves Jégouzo, La réforme des enquêtes publiques et la mise en œuvre du principe de participation, in AJDA 2010 p 1812.
- Grégory Houillon, Jean Rivero, Démocratie et administration, in RFDA 2009 p 1057.
- Jean-François Lachaume, Le formalisme, in AJDA 2010, p 2083.
- Anicet Le Pors & Simon Formery, Du nouveau dans les relations administration-citoyens ? Le décret du 28 novembre 1983 : suites et fin, in AJDA 2007 2000, p 626.
- Jacqueline Morand-Deville, Les mécanismes de la réforme administrative, in RIDC Vol 38 N°2, avril-juin 1986, p 675-687.
- Richard W. Parker, Du contrôle du pouvoir administratif aux États-Unis, in AJDA 1999 p751.
- Yves Poirmeur & Emmanuel Fayet, La doctrine administrative et le juge administratif, la crise d'un modèle de production du droit, in La doctrine administrative 2001, p97.
- Michel Prieur, Les nouveaux droits, in AJDA 2005 p 1157.
- Cheryl Simrell King, Katryn M. Fetley, Bridget O'Neil Susel, The Question of Participation : Toward Authentic Public Participation in Public Administration, in Public Administration Review, Vol 58 N°4, Jul-Aug 1998, p317-326.
- Evelyn R.Sinaïko, Due Process Right of Participation in Administrative rulemaking, California Law Review, Vol 63 N°4, Jul 1975 , p 886-925.
- Bernard Schawartz, La procédure administrative aux États-Unis, in RIDC Vol 3 N°2, avril-juin 1951 p 251-261.
- Neal D.Woods, Promoting Participation ? An Examination of Rulemaking Notification and Access Procedures, in Public Administration Review, March-April 2009 , p 518-530.
- Elisabeth Zoller, Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, in RFDA 2004, p 757.

-Bulletin de la société de législation comparée : 2ème journée juridiques Franco-Américaine (Paris 17,19 mars 1987) *Partie A : L'administration au grand jour : gouvernement in the sunshine* in RIDC, Vol 35 n°3, juillet-septembre 1983, p 598-619.

**Internet :**

-*La concertation pour des projets plus légitimes et mieux partagés* : Présentation des résultats de « l'Analyse des pratiques de la concertation en France » : [http://www.oree.org/script/ntsp-document-file\\_download.php?document\\_id=1363&document\\_file\\_id=1369](http://www.oree.org/script/ntsp-document-file_download.php?document_id=1363&document_file_id=1369)

# Annexes

---

**Document n° 1 : section 553 de l'APA.....P.86**

**Document n° 2: Article L 300-2 du code de l'urbanisme.....P.88**

**Document n° 1** : section 553 de l'APA

source: <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html>

Administrative Procedure Act

UNITED STATES CODE

TITLE 5 - GOVERNMENT ORGANIZATION AND EMPLOYEES

PART I - THE AGENCIES GENERALLY

CHAPTER 5 - ADMINISTRATIVE PROCEDURE

SUBCHAPTER II - ADMINISTRATIVE PROCEDURE

§ 553. Rule making

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

(1) a military or foreign affairs function of the United States; or

(2) a matter relating to agency management or personnel or to public property, loans, grants, benefits, or contracts.

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

(1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;

(2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and

(3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved.

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

(A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or

(B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefore in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest.

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

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

(1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction;

(2) interpretative rules and statements of policy; or

(3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule.

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

**Document n° 2:** Article L 300-2 du code de l'urbanisme

Source: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

**Article L300-2**

Modifié par [Loi n°2003-590 du 2 juillet 2003 - art. 42 JORF 3 juillet 2003](#)

Modifié par [Loi n°2003-590 du 2 juillet 2003 - art. 43 JORF 3 juillet 2003](#)

I - Le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale délibère sur les objectifs poursuivis et sur les modalités d'une concertation associant, pendant toute la durée de l'élaboration du projet, les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées dont les représentants de la profession agricole, avant :

a) Toute élaboration ou révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme ;

b) Toute création, à son initiative, d'une zone d'aménagement concerté ;

c) Toute opération d'aménagement réalisée par la commune ou pour son compte lorsque, par son importance ou sa nature, cette opération modifie de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique de la commune et qu'elle n'est pas située dans un secteur qui a déjà fait l'objet de cette délibération au titre du a) ou du b) ci-dessus. Un décret en Conseil d'Etat détermine les caractéristiques des opérations d'aménagement soumises aux obligations du présent alinéa.

Les documents d'urbanisme et les opérations mentionnées aux a, b et c ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation, dès lors que les modalités définies par la délibération prévue au premier alinéa ont été respectées. Les autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol ne sont pas illégales du seul fait des vices susceptibles d'entacher cette délibération ou les modalités de son exécution.

A l'issue de cette concertation, le maire en présente le bilan devant le conseil municipal qui en délibère.

Le dossier définitif du projet est alors arrêté par le conseil municipal et tenu à la disposition du public.

Lorsqu'une opération d'aménagement doit faire l'objet d'une concertation en application des b ou c et nécessite une révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme, la révision du document d'urbanisme et l'opération peuvent, à l'initiative de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale compétent, faire l'objet d'une concertation unique. Dans ce cas, la délibération prévue aux premier et sixième alinéas est prise par le conseil municipal ou par l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale.

II - Les autres personnes publiques ayant l'initiative d'opérations d'aménagement sont tenues aux mêmes obligations. Elles organisent la concertation dans des conditions fixées après avis de la commune.