



Rapport Public 2011

« *Consulter autrement, participer effectivement* »

Questions-réponses

1. Pourquoi ce sujet, cette année ?

Le choix du thème du Rapport public 2011 – la participation des citoyens à la prise de décision publique – porte sur une question transversale centrée sur le renouvellement des procédures et intéressant l'ensemble de l'activité de l'administration. Le Conseil d'État a estimé nécessaire l'examen approfondi du processus d'ensemble préparatoire à la décision publique, car une interrogation générale sur les modifications des relations entre l'administration et ses interlocuteurs s'impose dans un nouveau contexte social et technologique. Il a considéré que le temps était venu, d'étudier les potentialités de nouvelles formes de consultation publique préalable à la décision qui, dans un contexte politico-institutionnel très évolutif, ont de plus en plus cours mais dont la pertinence en termes de régulation de la décision publique n'ont jamais été réellement étudiées.

Pour mémoire, thèmes des rapports publics précédents :

- 2010 : l'eau et son droit
- 2009 : droit au logement, droit du logement
- 2008 : le contrat, mode d'action publique et de production de normes

2. Quelles sont les formes traditionnelles de consultation ?

La question de la définition de la consultation renvoie aux **différentes fonctions** que peuvent assurer les consultations et aux **différentes formes** qu'elles peuvent revêtir.

L'abondance et la richesse de la consultation invitent à connaître ses finalités. Malgré la difficulté et les limites de toute classification, il est possible de distinguer deux situations fonctionnelles très différentes et typées : celle dans laquelle **l'administration consulte parce qu'elle ne sait pas** et celle dans laquelle **elle consulte aussi car elle veut faire savoir**. Dans le premier cas, il s'agit d'une **consultation-expertise** ; dans le second, la consultation est plutôt **ournée vers les groupes d'intérêt ou de professionnels**. Néanmoins, la consultation des groupes d'intérêt peut avoir des significations très diverses. Ces groupes peuvent être consultés pour l'expertise qu'ils sont en mesure d'apporter sur un sujet particulier en tant que bons connaisseurs du milieu professionnel qui est le leur; ils peuvent aussi avoir un rôle de revendication et de protestation.

Les différentes formes de consultation, quant à elles, varient selon le degré croissant d'association des personnes ou groupes d'intérêts sollicités.



- L'information :

Il s'agit du niveau élémentaire d'association au mécanisme de prise de décision. Elle se caractérise par son caractère univoque. Si elle peut être considérée comme un préalable indispensable aux autres modalités de consultation, elle peut, dans certains cas, être réduite à cette unique phase.

- La demande d'avis

La consultation, au sens strict du terme, renvoie en fait à une demande d'avis. Il s'agit dans ce cas du processus par lequel le décideur sollicite le point de vue d'un organe ou l'opinion de la population concernée par un projet de l'administration. Dans cette situation, l'organe ou le public consulté n'a aucune garantie de voir son avis pris en compte pour infléchir le sens de la décision finale.

La demande d'avis intervient à un moment donné, sur un sujet précis.

- La concertation

Elle relève d'une attitude globale de prise d'avis sur un projet par une autorité qui, avant sa décision, souhaite engager un dialogue avec les personnes intéressées, tout en restant libre de sa décision.

Le processus peut être engagé très en amont de la décision.

La concertation implique que le décideur s'engage non seulement à écouter mais, chaque fois que possible, à prendre en considération un certain nombre de remarques, d'amendements, voire de propositions.

Les concertations sont d'ampleur et d'incidences très variables :

- elles peuvent être bilatérales, ce qui permet un dialogue plus direct et approfondi ;
- elles peuvent rassembler à certains moments l'ensemble des partenaires ;

- La négociation

Alors que la concertation recherche des points de consensus, la négociation recherche le compromis qui permet de construire un accord que des parties ont intérêt à bâtir alors que leurs points de vue divergent. La négociation vise à organiser la confrontation des intérêts et à la dépasser.

Une procédure de négociation reconnaît aux partenaires la faculté de participer activement à la prise de décision, voire à la formulation de politiques publiques.

Elle se caractérise par la volonté d'arriver, si les conditions sont réunies, à un accord. La responsabilité de la décision n'en incombe pas moins à l'autorité compétente lorsque la mise en œuvre de l'accord implique une modification législative ou réglementaire.

La négociation se nourrit d'une dynamique très particulière et complexe : la divergence des intérêts, la défense de positions de départ, puis une évolution maîtrisée de celles-ci permettent d'aboutir à l'élaboration d'un compromis.

La négociation se pratique plus particulièrement en matière d'emploi, de salaires, d'indemnisation du chômage mais aussi, à un degré moindre, dans les domaines de l'éducation, de la santé et de l'environnement.

Les commissions consultatives, par leur nombre, par les ressources qu'elles mobilisent, par les délais sur la décision qu'elles occasionnent, sont présentées et perçues comme le symbole d'un fonctionnement de l'administration qu'il convient de modifier. Le système consultatif présente un double inconvénient : il est lourd, en ce qu'il est consommateur de moyens humains et matériels et en ce qu'il retarde la décision sans réellement l'enrichir et il est incertain et source d'un abondant contentieux.



3. Quelles sont les nouvelles formes de consultation ?

Les formes nouvelles de consultation relèvent de la concertation ouverte et du débat public. Elles visent à associer largement le public et les parties prenantes au processus décisionnel.

L'événement précurseur de ces nouvelles formes de participation des citoyens et administrés intervint à l'occasion de la réforme des postes et télécommunications engagée en 1988 par le ministre des PTT de l'époque. Comme celle-ci s'annonçait politiquement délicate et socialement risquée, une grande consultation publique fut organisée pendant six mois au cours de laquelle l'ensemble des acteurs intéressés fut invité à prendre part à un vaste débat. Un rapport fit la synthèse des échanges et l'essentiel de ses recommandations fut repris dans un projet de loi qui est devenu la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

Quelques années plus tard, la loi du 2 février 1995, dite loi « Barnier », a créé un nouvel élan de concertation et de participation, suscitant un vif intérêt et ouvrant de larges perspectives. La loi a en effet prévu que les grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national présentant un fort enjeu socio-économique ou ayant un impact notable sur l'environnement peuvent faire l'objet d'un « débat public » organisé par une Commission nationale du même nom (CNDP).

Le « Grenelle de l'environnement », organisé entre juillet et décembre 2007, a, quant à lui, révélé toute la richesse de la procédure du débat public. La puissance de son impact ne réside pas seulement dans la force politique et sociétale de son contenu mais aussi dans la méthode qu'il a mise en action. Il a à la fois formalisé et mis en oeuvre le concept de « gouvernance à cinq » : État, collectivités territoriales, entreprises, associations et organisations non gouvernementales, organisations syndicales. Cette concertation nationale a été utile et fructueuse, tant en termes de participation du public (ainsi les 17 réunions régionales ont rassemblé 15 000 personnes, la consultation sur Internet ayant reçu 14 000 contributions et attiré 300 000 internautes), qu'en termes d'aboutissement politique.

Forte de son succès, autant médiatique que méthodologique, la formule de la concertation ouverte et du débat public est devenue un exercice de plus en plus fréquemment utilisé, notamment dans la perspective de l'édiction de nouvelles dispositions législatives. Ce succès a pu conduire à une profusion d'événements d'audiences et des portées variables sous diverses appellations : « Etats généraux » (Etats généraux de la santé, états généraux de la sécurité routière, états généraux de la bioéthique, états généraux de la presse écrite), « Assises », « Grenelle » (Grenelle de l'insertion, Grenelle de l'environnement, Grenelle du très haut débit, Grenelle de la mer), « débats » (débat national sur l'avenir de l'école, débat sur la gestion des déchets radioactifs).

Mais malgré leurs nombreuses qualités, ces nouvelles formes de consultations présentent certaines insuffisances formelles. Elles sont souvent fragmentaires, sans suivi ni suites formels. Le Conseil d'État est donc conduit, dans le cadre de ce rapport, à formuler des propositions et à formuler des principes directeurs pour favoriser leur mise en place ordonnée et efficace. En effet, les concertations ouvertes et débats publics - hormis ceux organisés par la CNDP qui sont strictement encadrés- doivent être conduits



de manière rigoureuse et exemplaire afin de donner au processus décisionnel une grande efficacité et une large légitimité.

4. Quel dialogue entre l'Etat et la société civile et quelle place des consultations et des concertations ?

La participation du public au processus décisionnel concourt au dialogue entre l'Etat et la société civile. Toutefois, alors que les vecteurs et les outils permettant le recueil des avis sont nombreux, prévaut l'idée que le dialogue entre l'État et la société civile ne fonctionne pas bien.

En France, le constat est en fait qu'on consulte beaucoup mais qu'on le fait sans chercher à construire une décision qui viendrait d'un consensus ou d'un compromis. On préfère souvent la confrontation suivie d'une décision unilatérale ou la « consultation-information » qui n'a pas vocation à changer le contenu d'une décision déjà arrêtée.

Le rapport public 2011 souhaite apporter une réponse à la situation paradoxale caractérisée d'un côté par l'existence d'une multitude d'organismes consultatifs et, de l'autre, par l'impression d'un déficit de dialogue avec la société civile. L'objectif est donc de simplifier les procédures devenues formelles ou trop complexes, à l'aval (lorsque la décision est proche), et, au contraire, de mieux encadrer, par des garanties et procédures minimales, les consultations ouvertes qui interviennent beaucoup plus en amont de la décision, quand il est encore temps d'influer sur la décision.

En menant de manière très précoce, c'est-à-dire en amont, des concertations ouvertes, les consultations d'aval, formelles et peu utiles, s'en trouveraient allégées, permettant à la consultation de gagner en cohérence et cohésion.

5. Les comités ou commissions administratifs sont-ils trop nombreux ?

Le nombre des commissions, conseils, comités et autres organismes consultatifs de toutes natures fait l'objet de nombreuses critiques. Il a longtemps été déploré la difficulté à déterminer leur nombre avec précision, d'une part, et la lourdeur et la complexité de l'ensemble du dispositif consultatif, d'autre part.

Le nombre d'organes consultatifs a longtemps été évalué à environ 4700 (dont 500 conseils, 1200 comités et environ 3000 commissions). Mais ce nombre n'a jamais fait l'objet d'une mise à jour régulière. Ce n'est que depuis cinq ou six ans que l'on dispose réellement de chiffres précis sur le nombre de commissions ou conseils consultatifs.

L'article 112 de la loi de finances pour 1996 a bien fait obligation au Gouvernement de présenter chaque année au Parlement, en annexe du projet de loi de finances, la liste des commissions et instances consultatives ou délibératives placées directement auprès du Premier ministre ou des ministres prévues par les textes législatifs et réglementaires. Mais malgré ces intentions, les résultats n'ont pas été immédiatement probants.

Depuis 2004 et surtout 2006, des progrès très sensibles ont été réalisés pour disposer d'une meilleure connaissance du nombre de commissions et d'instances consultatives dans l'ensemble de l'administration. L'intervention des décrets des 7 et 8 juin 2006 a été déterminante dans cette évolution.



Le décret du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives s'est attaché à l'examen du « stock » des commissions et procède à la réorganisation de certaines commissions placées auprès des administrations centrales. Il a permis aussi la fusion et la suppression de nombreuses commissions administratives déconcentrées.

Le décret du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif s'est attaché à rationaliser les règles de création et de fonctionnement des commissions tant au niveau central que déconcentré. Toute création doit être précédée d'une étude qui vérifie que la mission impartie à la commission répond à une nécessité et n'est pas susceptible d'être assurée par un organisme existant.

Le décret du 4 juin 2009 a amodié le dispositif d'allègement quelque peu radical prévu par le décret du 8 juin 2006.

La liste des suppressions survenues au cours de l'année 2009 compte plus de 200 instances. **L'état des instances existantes** est au **1^{er} janvier 2011** de **697** contre 720 au 1^{er} janvier 2010 et 799 au 1^{er} janvier 2009. En 2010, 58 organismes ont été supprimés tandis que 35 ont été créés, soit un solde de 23 suppressions. Il est difficile d'empêcher la création de nouveaux comités ou commissions consultatives, même si ces dernières années, le solde des créations-suppressions est resté négatif.

Mais la lourdeur et la complexité du dispositif consultatif n'appartiennent pas au passé malgré les avancées résultant des décrets de juin 2006. Améliorer les procédures consultatives ne signifie pas seulement réduire le nombre de commissions mais invite à une réflexion sur le contenu et le moment de la consultation.

6. Qu'est-ce qu'une « loi-code » et à quoi va t-elle servir ?

La dénomination « loi-code » s'inspire d'une suggestion de la Commission supérieure de codification, qui, en 2006, avait préconisé la voie de la mini-codification, notamment pour combler le défaut de code de procédure administrative non contentieuse. Elle suggérait la voie de lois qui en elles-mêmes sont de « mini-codes » sur le modèle de la loi « informatique et libertés » ou celle relative au Médiateur de la République.

Le Conseil d'État propose d'introduire dans une « loi-code » qui serait intitulée « projet de loi-code relative aux principes de l'administration délibérative » l'ensemble de principes directeurs qui régiraient le recours à des concertations ouvertes précédant, chaque fois que nécessaire, la prise de décision. En effet, si la France possède une multitude de codes, elle ne dispose pas, à la différence d'autres pays, de code de l'administration ou de code de procédure administrative non contentieuse. La proposition du Conseil d'État vise à pallier à cette absence en appelant l'édiction d'une « loi-code ».

Cette « loi-code » se différencierait de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. La loi du 12 avril 2000, se situant dans le champ des droits individuels, a certainement marqué un tournant dans les pratiques administratives en consacrant véritablement la figure du citoyen-administré et en organisant des règles procédurales contraignantes pour l'administration.

Ces principes directeurs figurent déjà dans notre droit, mais grâce à la « loi-code », il est proposé de leur donner une tout autre signification en les regroupant et les articulant



entre eux pour constituer l'architecture d'une procédure renouvelée de concertation préparatoire à la décision.

La nature et la finalité de ces principes directeurs désignaient assez naturellement la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations comme vecteur législatif susceptible de porter ce corpus. Toutefois, il est apparu préférable au Conseil d'État de proposer un support juridique spécialement dédié à la novation proposée.

Le choix ne s'est pas porté sur une codification de la procédure administrative non contentieuse mais sur une « loi-code », à droit non constant, par laquelle le législateur affirme des solutions nouvelles répondant aux besoins politiques, civiques et sociaux de la population.

Le Conseil d'État propose que la rédaction du projet de « loi-code », si le principe en était adopté, et en particulier son étude d'impact, fasse l'objet d'un groupe de travail interministériel piloté par le Conseil d'État et le secrétariat général du Gouvernement.

7. Les domaines prioritaires de l'extension des dispositifs de concertations ouvertes

Le rapport du Conseil d'État propose de s'inspirer de dispositifs de concertations ouvertes existants dans des domaines circonscrits comme celui du droit du travail prévu par l'article L. 1 du code du travail ou dans celui de l'urbanisme par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme pour étendre ces procédures souples et ouvertes à d'autres domaines.

L'article L. 1 du code du travail précise que « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* 166. [...] ». Cet article, par la méthode pratique qu'il propose et par les résultats qu'il donne déjà, ouvre des perspectives intéressantes selon le Conseil d'État et pourrait donc être décliné dans des domaines comme ceux de la protection sociale, des retraites, de l'assurance chômage, mais aussi de l'éducation nationale, de la fonction publique et des collectivités territoriales.

L'article L. 300-2 du code de l'urbanisme a, quant à lui, introduit une obligation procédurale de concertation préalable à certaines opérations d'aménagement sur le territoire des communes puis sur celui relevant de la compétence des établissements de coopération intercommunale. Cette procédure a été étendue aux schémas de cohérence territoriale et aux plans locaux d'urbanisme. L'originalité de l'article L. 300-2 réside dans le fait qu'il s'agit d'une obligation législative de portée générale mais dont la détermination du contenu et des modalités d'application est laissée aux autorités locales. Les conditions d'application de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, les souplesses qu'il autorise, sous le contrôle du juge, conduisent à faire figurer utilement cette « disposition chapeau » parmi les références pertinentes et le Conseil d'État estime qu'elle pourrait ne pas être seulement limitée au seul champ de l'urbanisme.



8. Quel est l'apport d'Internet dans les nouvelles consultations ?

La généralisation de l'outil Internet a, depuis quelques années, transformé l'ensemble du processus préparatoire à la décision : de la convocation aux séances des organismes consultatifs jusqu'à la mise en place d'un dispositif de participation à une concertation ouverte où chacun est invité à faire connaître et valoir son point de vue. L'utilisation d'Internet dans l'expression et le recueil des opinions donne « *une nouvelle jeunesse aux pratiques de consultation* » et donne aux citoyens la possibilité d'intervenir de manière plus directe, quasi instantanée et de s'affranchir des intermédiaires.

L'apparition puis la généralisation de nouveaux modes de communication et notamment d'Internet confortent et légitiment les formes de consultation ouverte. Ils forgent les outils de la « **démocratie électronique** ». En effet, Internet contribue largement à favoriser l'implication d'acteurs nouveaux: membres d'associations peu connues, médias alternatifs, groupes d'intérêt isolés, experts, simples citoyens. S'instaure alors une sorte de démocratie directe dont les outils électroniques sont les vecteurs.

L'outil Internet est, dans ces circonstances, **bien adapté aux impératifs de transparence, d'échange et de traçabilité qui caractérisent l'«administration délibérative»** appelée de ses vœux par le Conseil d'État. La discussion électronique, par sa force de pénétration, sa rapidité et sa fluidité, permet une mise à l'épreuve continue de la décision publique. C'est d'ailleurs, l'apport essentiel d'Internet.

Mais si un plus large recours à Internet doit être encouragé, il implique d'être assorti de sérieuses précautions en raison des **excès et des dangers que cet outil peut présenter**. Il est ainsi particulièrement nécessaire de renforcer les garanties procédurales des concertations ouvertes que l'utilisation d'Internet, d'une manière générale, a tendance à minorer. Le Conseil d'État propose alors d'introduire dans la « loi-code » des normes minimales ou principes directeurs **du droit de la concertation en ligne** ; la concertation devrait :

- respecter des délais proportionnés à l'importance du sujet présenté ;
- être circonscrite et mentionner les principales parties prenantes ;
- être préalablement documentée, de manière complète, précise et objective ;
- être conduite de manière impartiale et, si possible, par un tiers ;
- faire l'objet d'un bilan des observations recueillies ;
- indiquer les suites qu'il est envisagé de lui donner.

Ce recours à Internet suppose aussi que la grande majorité des citoyens et des administrés ait aisément accès aux outils numériques de base (un ordinateur et un accès informatique) et qu'en « bout de ligne » les temps de réponse et les coûts soient acceptables.

L'apport majeur d'Internet provient peut-être surtout de **sa fonction de mise à l'épreuve continue** de la décision publique.



9. Quelles sont les novations introduites par la loi du 17 mai 2011 dite « loi Warsmann » ?

La loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit dite « loi Warsmann » est issue d'une proposition de loi dont l'auteur est le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Luc Warsmann. Il s'agit de la troisième initiative parlementaire de simplification du droit de la présente législature. Face à la complexité du droit souvent dénoncée, le Parlement a souhaité prendre l'initiative de toucher à la substance et aux incidences du corpus législatif.

Deux articles de la loi, qui en compte 200, intéressent plus particulièrement le sujet des consultations et des concertations, ce sont les articles 16 et 70. Ces deux articles modifient sensiblement la perspective consultative telle qu'elle était jusqu'à présent perçue tant par l'administration, les administrés que par le juge.

Article 16 :

« Lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édiction d'un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site Internet, les observations des personnes concernées. L'autorité administrative fait connaître par tout moyen les modalités de la consultation. / Au terme de la consultation, elle établit une synthèse des observations qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires. Cette synthèse est rendue publique. / Cette consultation ouverte se substitue à la consultation obligatoire en application d'une disposition législative ou réglementaire. Les commissions consultatives dont l'avis doit être recueilli en application d'une disposition législative ou réglementaire peuvent faire part de leurs observations dans le cadre de la consultation prévue au présent article. / Demeurent obligatoires les consultations d'autorités administratives indépendantes prévues par les textes législatifs et réglementaires, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle ou traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles mettant en œuvre le principe de participation./Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article, notamment les modalités d'organisation de la consultation, dont la durée ne peut être inférieure à quinze jours ».

L'article 16 instaure une mesure ambitieuse de régulation entre les procédures de concertation et celles de consultation. Il permet à l'administration de substituer à une consultation obligatoire une concertation ouverte, conduite par la voie d'Internet. Un certain nombre d'exceptions à cette règle sont prévues par la loi. Cet article opère une substitution assez radicale : la concertation ouverte, conduite par la voie électronique est clairement préférée à la consultation obligatoire ou non d'un organisme consultatif institué, sous les réserves d'exceptions. Cet article a, à ce titre, suscité de forts débats entre les deux assemblées parlementaires jusqu'à la commission mixte paritaire qui sont représentatifs des différences d'approche quant au recours aux diverses formes de consultation et de concertation et quant au rôle dévolu à Internet dans la procédure.



Article 70 :

« Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision. / L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi ».

L'article 70 tend à renforcer la sécurité juridique des actes pris par les autorités administratives en limitant les cas d'annulation des décisions prises après avis d'un organisme consultatif. Il modifie sensiblement des lignes qui guidaient une jurisprudence, certes pragmatique, mais parfois perçue comme hésitante et peu prévisible.

10. Les consultations : quel contrôle contentieux ?

L'article 70 de la loi Warsmann est le nouveau cadre légal des suites contentieuses en cas de non-respect par l'autorité administrative des règles procédurales relatives aux concertations ou aux consultations. Le nouveau dispositif se veut plus simple que celui antérieur qui était source d'insécurité juridique. Le pragmatisme du juge l'avait conduit à nuancer le croisement des critères habituellement opérés -consultation obligatoire ou non ; formalité substantielle ou non- mais cette situation n'était pas satisfaisante dès lors qu'elle était souvent difficilement compréhensible et anticipée par l'administration et les administrés.

Dans sa ligne simplificatrice, la loi Warsmann a entendu effacer la distinction entre la consultation obligatoire et la consultation facultative. Que l'on soit en régime de consultation ou de concertation, un critère majeur est désormais à l'œuvre pour définir si la décision a obéi à un processus préparatoire correct : *les irrégularités invoquées par les plaignants sont-elles susceptibles d'avoir influé sur le sens de la décision prise ?* Mais, l'article 70 de la loi risque de poser d'autres problèmes que cette dernière n'avait pas forcément prévus obligeant le juge à jouer un rôle essentiel mais difficile à tenir.

En effet, comment déterminer et apprécier l'influence de l'irrégularité sur la décision ? La formulation « [...] seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision [...] peuvent être invoquées à l'encontre de la décision » conduit le juge à reconstituer l'enchaînement des événements et à vérifier que l'autorité administrative, même sans l'erreur qu'elle a commise, aurait pris, en tout état de cause, la même décision. Toutefois, confronté à une procédure consultative parfois complexe et longue, le juge est amené à prendre la responsabilité de hiérarchiser au regard de la diversité des circonstances de l'espèce, entre ce qui aura été essentiel et ce qui sera regardé comme accessoire. C'est une démarche qui s'apparente plus au contrôle de plein contentieux qu'à celui de l'excès de pouvoir. Le juge est placé en arbitre subjectif des intentions plutôt qu'en marqueur objectif des irrégularités.

Dans la distinction qui était faite jusqu'alors entre vices substantiels et vices non substantiels, le juge s'attachait plutôt à l'importance de l'irrégularité en elle-même qu'à l'effet qu'elle aura pu avoir. Désormais, un vice substantiel serait un vice qui aurait un effet véritable sur le contenu de la décision, lien qui est beaucoup plus difficile à établir que celui qui procède de la nature comparée des motifs allégués par l'autorité



administrative. Or l'enjeu n'est pas, comme en matière de contentieux contractuel, la modulation des effets d'une irrégularité mais la confrontation à un choix binaire : la décision prise en définitive est-elle ou n'est-elle pas illégale ?

Si l'article 70 de la « loi Warsmann » permet d'éviter les censures sans portée en raison d'un formalisme excessif, le Conseil d'État prône une conception plus objective de la portée de l'irrégularité invoquée qui prendrait en compte la durée et la complexité de la procédure, la nature de l'irrégularité commise notamment au regard des garanties dont peuvent se prévaloir les intéressés ou les tiers, voire l'intérêt général qui s'attache à l'opération contestée, selon une démarche mettant en balance les risques encourus et les avantages obtenus. Une telle démarche serait en effet mieux adaptée à des « consultations ouvertes » venant en substitution des consultations formelles.

11. Quelles sont les caractéristiques de « l'administration délibérative » ?

Le Conseil d'État s'attache au stade des propositions à dessiner les traits d'une nouvelle figure de l'administration qualifiée de « délibérative ». Cette administration est délibérative parce qu'elle cherche à mettre en place de nouvelles procédures, caractérisées par **la transparence, l'ouverture, le débat, l'itération et le compte rendu.**

Ce sont la clarté et la loyauté de la procédure et du débat qui fondent la légitimité de la décision. Il ne s'agit pas de porter atteinte à la figure de la démocratie représentative ni de conférer à l'administration un pouvoir qui relève des organes délibératifs. **Ce qui est délibératif, c'est la procédure et non la décision.**

Cette définition s'appuie aussi sur des éléments fournis par **la philosophie politique** qui a forgé la notion de « **démocratie délibérative** ». Celle-ci dispose que la légitimité de la décision politique est de l'ordre procédural et discursif ainsi que l'affirme Jürgen Habermas. Selon Bernard Manin, « le principe de la légitimité démocratique doit être recherché dans le processus de formation de la volonté collective, non pas dans cette volonté elle-même ». La légitimité d'une décision, selon les auteurs à l'origine de la notion de démocratie délibérative, dépend moins de son contenu intrinsèque que des conditions de son élaboration. **La décision est légitime, dès lors qu'elle résulte d'un cheminement progressif au cours duquel le public et les parties prenantes ont été en mesure de participer à un processus qui a abouti à la prise de décision.** Cette légitimité est seulement d'ordre procédural.

L'« administration délibérative » se définit par le respect des procédures qui garantissent la contribution ouverte des citoyens à l'élaboration des politiques publiques. Cela implique toute une série de caractéristiques :

- l'administration délibérative est soucieuse de la « **maîtrise des horloges et des calendriers** », du recours fréquent à la supervision par un tiers du déroulement des opérations ;
- elle a une préférence **pour le compromis** qu'elle recherche par des méthodes de concertation et de négociation transparentes, progressives et itératives, plutôt que pour le consensus qui est introuvable ou factice ;



- les **moyens financiers, humains et techniques** que mobilise « l'administration délibérative » sont ceux nécessaires pour garantir l'efficacité de la concertation et participation du public : une information complète, objective, pertinente, facile d'accès et aisée à comprendre. Les canaux multiples, classiques et modernes, nécessaires à la participation doivent être ouverts ;
- **les agents de l'administration** partagent une culture de l'organisation en réseau plutôt que verticale et ont accès aux compétences et aux formations appropriées ;
- l'obligation de **rendre compte** aux participants de l'utilisation qui est faite des apports de la concertation est une caractéristique centrale du dispositif délibératif. Le compromis ne peut se bâtir que grâce à cette exigence itérative ;
- le développement et l'évolution de « l'administration délibérative » seront certainement accélérés par les transformations liées au développement de **l'économie numérique** qui ne laissera pas l'administration à l'écart de ce mouvement irréversible.

« L'administration délibérative » s'inscrit dans l'objectif de « bonne administration ». Il s'agit alors de répondre en même temps à la nécessité d'une administration transparente et ouverte, facilitant l'acceptabilité de la décision et celle d'une administration plus efficace qui permet de répondre plus rapidement et plus directement aux besoins exprimés par les citoyens.

12. Quelle est l'utilité des études d'impact ?

La loi organique du 15 avril 2009 a donné force contraignante aux études d'impact pour les projets de loi. Même si ce dispositif est très récent, il a déjà été constaté que l'obligation d'accompagner les projets de loi d'une étude d'impact a permis de mieux justifier la nécessité de légiférer et de mieux mesurer les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales de la réforme.

L'étude d'impact n'est pas une simple analyse technique qui consiste à fournir des données utiles à la prise de décision. Elle comporte une part de jugement de valeur sur l'intérêt du projet. **Cette loi donne alors un très bon outil pour mieux articuler les deux phases de toute réforme** : celle, amont, de concertation et celle, aval, de consultation. Il est donc nécessaire que les études d'impact prennent effectivement en compte les concertations préalables, au-delà d'une simple liste ou encore du seul résumé de ces dernières.

Le Conseil d'État propose de faire des études d'impact le maillon fort d'un chaînage qui lie les différentes phases d'élaboration du projet de réforme. Pour ce faire, plus qu'une modification des textes, le Conseil d'État préconise de s'appuyer sur le Secrétariat général du gouvernement qui, depuis la mise en oeuvre de la loi organique du 15 avril 2009, a la charge de la coordination des études d'impact en liaison avec le ministère principalement responsable.

Le Secrétariat général du gouvernement doit alors veiller à ce que l'étude d'impact fasse ressortir la diversité des points de vue et des approches et garantisse l'expression des raisons pour lesquelles les propositions alternatives ont été, suivant les cas, retenues, amendées ou écartées. L'étude d'impact doit aussi mentionner les consultations d'aval



qui seront les mieux à même d'apporter les améliorations et amendements nécessaires, notamment sur les textes résultant de la phase précédente. Il s'agit donc de mettre en place une méthodologie générale retracée dans un « document de conduite de l'étude » qui tienne compte de l'ampleur de la réforme proposée, de son urgence, des étapes de son élaboration et des difficultés d'application attendues.

La préparation des ministères à la logique des études d'impact doit aussi être nécessairement renforcée pour les conduire à systématiquement recenser les « options zéro » qui permettent d'atteindre l'objectif politique assigné sans avoir recours à l'édition de normes nouvelles.

Le Conseil d'État propose d'**étendre progressivement la procédure d'études d'impact aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens.**