

« Pour une *sanctuarisation* du traitement contentieux de la participation du public »

Christophe Testard,

Professeur des universités, Université Clermont Auvergne (CMH – EA 4232)

Résumé :

Alors que la demande citoyenne de participation se veut de plus en plus pressante, le droit de l'association du public continue d'être traité par le juge administratif dans une pure logique procédurale.

Des décisions récentes érigent en effet l'obligation d'une synthèse des observations du public et le respect d'un délai minimal entre la fin de la procédure et la prise de décision en conditions d'une garantie procédurale au sens de la jurisprudence « Danthony », celle de la prise en considération des observations du public.

Toutefois, une telle garantie se confronte encore à des obstacles procéduraux créés par le juge administratif lui-même, qui reviennent tout simplement à vider de sa substance l'intérêt de telles procédures.

La lutte contre la pandémie du « Covid-19 » a conduit à s'interroger sur les liens entre la décision publique et l'expertise scientifique¹, mettant ainsi sous les feux de la rampe les particularités d'un processus décisionnel contraint à la gestion de l'urgence, de l'incertitude et de l'ultra-médiatisation: « *la scène où se déroule une action politique plongée dans l'incertitude aura rarement été éclairée d'une lumière aussi crue* »². La question n'est pas nouvelle, pas plus que le fond du débat d'ailleurs, qui est celui de la légitimité de l'action publique, sans cesse mise à l'épreuve. Pourtant, que l'on y voie une manifestation de la force attractive de ce débat ou bien, c'est selon, de la volatilité des sujets d'actualité, ces derniers mois avaient attiré l'attention sur d'autres sollicitations du processus décisionnel.

On se souvient en effet que la période récente avait davantage mis l'accent sur les liens entre décision publique et participation du public, à la faveur d'épisodes particulièrement médiatisés, que l'on pense à l'affaire de Notre-Dame-des-Landes, au « Grand débat national »³, à la procédure avortée de référendum sur la privatisation d'Aéroports de Paris, ou encore à la « Convention Citoyenne sur le Climat », qui ne sont que les soubresauts d'une attente « citoyenne » certainement plus profonde. Politiquement, le pouvoir en place avait d'ailleurs mis la question de l'association des citoyens au cœur d'une réforme constitutionnelle⁴, à l'avenir encore incertain. Mais, sur le plan des procédures

¹ A. Viala, « La science doit servir le pouvoir sans que celui-ci ne succombe à la tentation de s'en servir », *Le Monde*, 31 mars 2020, p. 29 ; J. Chevallier, « Expertise scientifique et décision politique », blog « Le Club des juristes », 23 mars 2020.

² J. Habermas, « Il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir », *Le Monde*, 11 avril 2020, p. 23.

³ C. Broyelle, « L'ossature administrative du Grand débat national », *JCPG*, 2019, n° 16, p. 750 et s. ; E. Buge, C. Morio, « Le Grand débat national, apports et limites pour la participation citoyenne », *RDP*, 2019, n° 5, p. 1205 et s.

⁴ V. le projet de loi constitutionnelle *pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*, déposé le 9 mai 2018 sur le bureau de l'Assemblée Nationale, mais retiré le 29 août 2019 et devenu projet de loi constitutionnelle *pour un renouveau de la vie démocratique*, déposé le même jour, et dont l'un des axes est la

administratives, l'heure n'est sans doute pas à la création de nouveaux instruments. Et la communication gouvernementale ne saurait tromper sur ce point : on a fait très peu de cas du lancement d'un nouveau portail gouvernemental intitulé « participation citoyenne », lequel a pour « simple » ambition de regrouper sur un seul site toutes les procédures de participation à l'élaboration des politiques publiques, nationales ou locales. Outil de communication plus que de simplification (car toutes les procédures n'y sont pas référencées, notamment en matière environnementale), il ne s'agissait pas d'ajouter de nouvelles procédures de participation. C'est heureux, de notre point de vue, car celles-ci sont désormais multiples, dans toutes les branches du droit, chapeautées par les dispositions d'un code des relations entre le public et l'administration (art. L. 131-1) qui sont extrêmement larges. Aussi, plus qu'en extension, la réflexion sur les procédures d'association du public doit être menée en profondeur : comment rendre effectif l'existant ?

À cet égard, la solution vient sans conteste et en premier lieu du « terrain » : il appartient aux autorités compétentes de mettre en œuvre les procédures à leur disposition et de préciser, au cas par cas, les modalités les plus efficaces au regard des caractéristiques du projet en cause. C'est bien précisément tout l'intérêt d'un principe de proportionnalité reconnu, par exemple, en matière de concertation, à l'article L. 103-4 du code de l'urbanisme, et que le Conseil d'État appelait de ses vœux en 2011 à propos des enquêtes publiques environnementales⁵ : sans être trop précis, les textes fixent un cadre de liberté dans lequel s'exerce la marge de manœuvre des autorités administratives compétentes. Et, de fait, les procédures de participation trouvent des modalités variées, « protéiformes »⁶, donnant un certain élan à un véritable « droit spontané » de la participation. Simplement, ici comme ailleurs, cette liberté ne saurait être totale : d'abord parce que les procédures existantes ont un certain effet d'endiguement de cette liberté⁷ ; ensuite – et surtout – parce que cette dernière ne saurait vider de sa substance le principe même de l'association du public. C'est alors qu'entre en scène le juge administratif.

S'il est classiquement chargé de donner le sens et le contenu des notions plus ou moins vagues figurant dans les textes, on ne peut dissimuler que son rôle en matière de participation du public était entaché d'un certain *a priori* négatif. Ce dernier découle de la voie de la neutralisation de certains vices de légalité externe que le juge administratif a clairement empruntée, qu'il continue de tracer depuis sa jurisprudence « *Danthony* »⁸ et sur laquelle il est

participation citoyenne. Déjà au cœur du premier projet, la volonté de réformer la participation citoyenne avait suscité la réaction du Sénat (communiqué du 20 mars 2019), qui a mis en place un groupe de travail concernant les instruments de démocratie directe et de démocratie représentative, lequel a dès sa première réunion réaffirmé la primauté de la démocratie représentative, au terme d'une opposition que l'on croyait dépassée.

⁵ CE, Rapport public 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, EDCE n° 62, La Doc. Fr., 2011, p. 106.

⁶ E. Buge, C. Morio, *préc.*

⁷ Sur cette question, v. CE, 19 juil. 2017, *Association citoyenne « pour OCCITANIE Pays Catalan »*, req. n° 403928 ; *Procédures*, 2017, comm. 253, N. Chifflet ; *JCPA*, 2017, n° 2228, concl. V. Daumas ; *LPA*, 12 déc. 2017, note J. David ; *Dr. Adm.*, 2017, n° 12, comm. 49, G. Eveillard ; *AJDA*, 2017, n° 29, p. 1662, chron. G. Odinet et S. Roussel ; *JCPG*, 2017, n° 37, p. 1601, note Ch. Testard ; *Dr. Adm.*, 2018, n° 4, chron. S. Saunier. Mais *contra* TA Grenoble, 24 mai 2018, *Préfet de l'Isère*, n° 1701663 ; *Rev.jurisp. ALYODA*, 2018, n° 3, note Ph. Blachère ; *Dr. Adm.*, 2018, n° 11, p. 27, note C. Morio ; *JCPA*, 2018, n° 26, p. 29, comm. P. Mozol.

⁸ CE Ass., 23 déc. 2011, req. n° 335033, *Rec.* p. 650 ; *JCPA*, 2012, n° 13, p. 12, note C. Broycelle ; *JCPG*, 2012, n° 18, p. 907, note D. Connil ; *AJDA*, 2012, p. 195, chron. X. Domino, A. Bretonneau ; *RFDA*, 2012, p. 284, concl. G. Dumortier, note P. Cassia, p. 423, étude R. Hostiou ; *JCPG*, 2012, n° 24, p. 1187, chron. G. Eveillard ;

inutile de revenir tant elle est connue. Pour l'écrire simplement, le juge administratif a clairement fait le choix de définir une logique procédurale, que l'on peut résumer comme la volonté de se concentrer sur l'essentiel, de ne pas tomber dans le jeu des « *contestations procéduraires* »⁹. Certes, cette logique n'est pas propre au juge administratif, rejoint désormais par le Conseil constitutionnel selon l'analyse d'une récente décision¹⁰, et très largement secondé par le législateur lui-même : pour ne prendre qu'un exemple récent, la loi dite ESSOC¹¹ a, à titre expérimental, ouvert la possibilité de remplacer la traditionnelle procédure d'enquête publique environnementale par la consultation électronique régie par l'article L. 123-19 du code de l'environnement, laquelle présente nettement moins de garanties.

Ce refus d'un « *formalisme paralysant* »¹², dont on affuble volontiers le juge administratif depuis fort longtemps, ne le plaçait pas dès lors spontanément du côté des défenseurs d'un renforcement des exigences procédurales en matière de participation du public. De fait, il est peu fréquent que de tels moyens procéduraux prospèrent au contentieux. La lecture de décisions récentes invite cependant à réexaminer cet *a priori*, la jurisprudence tendant désormais à consacrer l'« effet utile » des procédures de participation¹³. Sous cette formule répandue, il s'agirait de s'assurer que ces dernières ne sont pas de simples coquilles vides, qu'elles permettent bel et bien au public de donner son avis sur le projet concerné. Bien que l'on ne puisse que partager cette ambition, l'on souhaiterait tout de même mettre en lumière, pour s'en détacher, la « ruse » que constitue l'utilisation de cette expression « effet utile », à propos des procédures, notamment de participation. L'« effet utile » appartient en effet au vocabulaire de l'interprétation : il renvoie à une méthode d'interprétation utilisée initialement en droit international¹⁴ et visant à rendre efficace une intention déduite nécessairement d'une disposition expresse¹⁵. Il a ce faisant un nécessaire rapport avec la mise en œuvre d'une disposition, l'« effet utile » devenant alors sa mise en œuvre effective, conformément à l'intention qui a présidé à son édicition. Mobilisée à l'envi en droit de l'Union européenne, l'expression est devenue d'utilisation courante et désormais explicite dans le vocabulaire du juge administratif¹⁶ mais, plus profondément, l'on se demande si elle n'est pas loin de constituer l'un des principes matriciels du raisonnement de ce dernier. Car, pour en revenir à notre sujet, la jurisprudence « *Danthony* » ne nous semble rien d'autre qu'un avatar de cet « effet utile » : les procédures ne sont pas créées pour elles-mêmes mais pour la

Dr. adm., 2012, n° 3, p. 29, note F. Melleray ; C. Mialot, *AJDA*, 2012, p. 1484 ; B. Pacteau, *AJDA*, 2012, p. 1957 ; *GAJA*, Dalloz, 22^e éd., 2019, n° 110, p. 884.

⁹ D. Labetoulle, « La jurisprudence Danthony », in AFDA, *Les procédures administratives*, Dalloz, 2015, p. 276.

¹⁰ V. le parallèle saisissant établi par J. Jeanneney, « La non-théorie des “circonstances particulières” », note ss CC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, n° 2020-799, DC, *AJDA*, 2020, p. 843, spéc. p. 848.

¹¹ L. n° 2018-727 du 10 août 2018 *pour un Etat au service d'une société de confiance*, *JORF* 11 août 2018, texte n° 1, Art. 56.

¹² J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, 1960, 1^{ère} éd., réimp. 2011, p. 212.

¹³ L. De Fournoux, « De l'effet utile des procédures : le cas de la participation du public », note ss CE, 12 juil. 2019, Fédération nationale des chasseurs, n° 424600, *AJDA*, 2019, n° 36, p. 2129.

¹⁴ Traduction de la locution latine « *ut res magis valeat quam pereat* »

¹⁵ C'est en substance la définition donnée par le rapporteur spécial à la Convention de Vienne sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock, *Ann. C.D.I.*, 1964, vol. II, p. 62.

¹⁶ Suscitant de nouvelles interrogations sur le recours en excès de pouvoir : B. Defoort, « À la recherche de l'« effet utile » : l'excès de pouvoir perdu ou retrouvé ? », *AJDA*, 2020, p. 857.

garantie qu'elles représentent ou l'influence qu'elles sont supposées exercer sur le sens de la décision. À défaut, elles n'ont pas d'« effet utile » : leur violation n'emporte dès lors pas de conséquence sur la régularité de l'acte qui en est le fruit. Il y a donc un biais conceptuel dans l'utilisation même de la notion d'« effet utile », qui est déjà l'expression de la logique procédurale du juge et qui doit imposer une certaine vigilance.

Ces précisions terminologiques faites, il convient d'aller plus loin dans l'analyse tant cette tendance du juge en faveur des obligations procédurales – si tant est qu'elle soit réelle – ne doit pas faire illusion : la logique procédurale suivie au contentieux par le juge administratif est devenue une véritable ornière qui a certes le mérite d'éviter toute sortie de route, mais qui confine parfois aussi à l'étroitesse d'un sens unique et ne permet certainement pas de conforter les procédures de participation. Loin de là, elle nous paraît même, au contraire, les réduire à de simples exigences formelles, en vidant ainsi leur essence même. La relation que tisse peu à peu le juge administratif entre les procédures de participation et la logique procédurale qui guide sa jurisprudence laisse penser, si l'on nous pardonne l'image, à un certain « effet boomerang », dont on admire la courbe mais dont la réception s'avère souvent brutale. À l'analyse, il apparaît en effet que la participation du public est venue mettre en lumière – c'est la courbe – l'effet inutile de la logique procédurale suivie par le juge administratif **(I)**. Pourtant, ce traitement procédural de la participation du public n'en conduit pas moins – c'est la réception brutale – à révéler l'effet contre-productif d'une telle logique **(II)**.

I. La participation du public et l'effet inutile de la logique procédurale

Les procédures de participation sont séquencées autour d'un certain nombre de conditions procédurales, visant à en garantir l'effectivité et qui ont connu des développements jurisprudentiels récents. Si cette logique procédurale permet de préserver le temps de la participation **(A)**, elle est cependant profondément inadaptée à l'obligation de prise en compte des observations du public en ce qu'elle révèle le lien nécessaire qui doit s'établir avec la décision finale **(B)**.

A. – Préserver le temps de la participation

Il est indéniable que les garanties d'une participation effective connaissent de réels progrès et le contentieux récent a donné toute sa place à la question des délais de la participation. Elle est en réalité au centre des débats depuis fort longtemps. Initialement, le moment de la participation dans le processus décisionnel, afin que celle-ci soit la plus efficace possible, a concentré l'attention mais il reçoit une réponse sans doute désormais adaptée en droit français¹⁷. Dans le même sens, la durée des procédures de participation est une garantie

¹⁷ Le Conseil d'Etat l'a rappelé indirectement dans une décision du 13 mars 2019, *Association France Nature Environnement* (n° 414930 ; *Dr. Env.*, 2019, n° 277, p. 156, note C. Dagot ; *Rev. Dr. Immo.*, 2019, n° 5, p. 293, note P. Soler-Couteaux) à propos du champ d'application des textes européens en matière de participation : il juge que les procédures nationales de participation préalable (Art. L. 121-1 A et s. code env.) qui visent à associer le public avant le dépôt d'une demande d'autorisation d'un projet ou pendant la phase d'élaboration d'un projet de plan ou de programme n'ont pas été élaborées pour mettre en œuvre les directives européennes (n° 2001/42 CE du 27 juin 2001 et n° 2011/92 UE du 13 déc. 2011) celles-ci ne visant que la participation une fois

de leur effectivité, qui donne lieu à un contentieux important, le juge veillant essentiellement à son caractère suffisant¹⁸.

L'attention récente s'est en revanche concentrée sur un point davantage novateur, tenant aux délais suivant une procédure de participation. Dans une décision du 12 juillet 2019, « *Fédération nationale des chasseurs* »¹⁹, le Conseil d'Etat a en effet jugé illégal un arrêté relatif à la suspension de la chasse de certaines espèces de gibier, signé par le Ministre de la Transition écologique et solidaire dès le lendemain de la fin de la consultation du public, organisée en ligne sur le fondement de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement. Or, les textes applicables à ladite consultation imposaient d'une part un délai de prise en considération des observations qui ne peut être, sauf exception, inférieur à 4 jours entre la fin de la consultation et la prise de décision, et, d'autre part, la rédaction d'une synthèse des observations du public. L'absence de ces deux formalités ne résiste pas à l'application expresse du considérant de principe de la jurisprudence « *Danthony* », dès lors que le Conseil d'État considère que ces deux formalités servent une garantie, qui est celle pour les personnes ayant participé « *de voir leur avis dûment pris en considération* ». Avec la motivation²⁰, les exigences de respect d'un délai de prise en considération et de rédaction d'une synthèse des observations constituent indéniablement la traduction formelle de l'obligation de prise en considération. On ne peut pourtant que relever le caractère parcellaire de l'état du droit en la matière.

Le respect d'un délai minimal de prise en considération n'est imposé qu'en matière de consultations ouvertes sur le fondement des articles L. 123-19-1 et 2 du code de l'environnement : il ne constitue pas une garantie générale des procédures de participation. Et même lorsqu'il est imposé, ce délai est de 4 jours pour les décisions autres qu'individuelles, ramené à 3 jours pour ces dernières. Cette différence d'un jour paraît bien dérisoire comme élément de régime distinct et fait douter de la pertinence de l'un ou de l'autre délai. Le respect de ceux-ci est par ailleurs assorti d'exceptions, somme toute logiques, tenant soit à l'urgence de la situation, soit à l'absence d'observations déposées. Le ministre avait soulevé l'exception d'urgence dans l'affaire jugée le 12 juillet 2019 : le Conseil d'État le renvoie expressément au retard qui lui est seul imputable dans la préparation de l'arrêté. Cet élément doit d'ailleurs conduire à relativiser la critique émise à l'encontre soit de l'absence de délai dans les textes, soit de leur caractère réduit : de fait, le contexte normatif surchargé conduit à ce que l'administration adopte rarement des textes dans des délais si brefs. Mais la décision rendue par le Conseil d'État montre qu'il ne s'agit pas d'un simple cas d'école, sur une consultation qui a rassemblé plus de 7 000 observations : il serait sans doute opportun que le législateur généralise l'exigence de délai minimal.

le projet défini de façon suffisamment précise. Même si des progrès sont toujours possibles, le Conseil d'Etat ne fait que reconnaître que le droit français est plus exigeant en la matière.

¹⁸ Pour un ex. récent, v. CE, 15 mai 2019, *Cne du Marin* (n° 412087 : enquête publique précédant la création du parc naturel marin de la Martinique) : le dossier a été mis à disposition pendant 30 jours, ce qui est jugé suffisant, malgré le fait que l'enquête a eu lieu pendant les préparatifs du carnaval annuel et pendant la période précédant les élections professionnelles des comités de pêche.

¹⁹ N° 424600.

²⁰ Exigence dont on connaît les limites en droit administratif français. Du point de vue des observations du public, l'administration n'a pas l'obligation de les mentionner dans la motivation de la décision, à l'exception de l'enquête publique environnementale, à travers la déclaration de projet (v. art. L. 126-1 code env.).

L'exigence d'une synthèse est plus étendue, puisqu'elle concerne expressément les enquêtes publiques environnementales²¹ et les consultations électroniques ouvertes, et que l'on peut considérer qu'elle est remplie dans les procédés qui exigent un bilan de la procédure²² ou la mise à disposition de ses résultats²³. En revanche, la liberté des autorités décisionnelles est quasiment totale s'agissant du moment de la synthèse, de son contenu et des garanties de son impartialité : les pratiques sont extrêmement hétérogènes et mériteraient une certaine unification.

Au-delà de l'imperfection de ces obligations formelles, imputable au législateur, le Conseil d'État relève surtout le lien nécessaire qu'elles opèrent entre la procédure et la décision finale, relativisant ainsi lui-même l'économie de la logique procédurale qu'il poursuit pourtant.

B. – Garantir le lien avec la décision finale

En reconnaissant que les obligations formelles pesant sur l'administration à l'issue d'une procédure de participation permettent de garantir aux participants « *de voir leur avis dûment pris en considération* », le Conseil d'État crée un lien nécessaire entre ces obligations et le contenu même de la décision finale. Deux séries d'analyses découlent de cette formule.

D'abord, cette qualification de garantie donnée à l'obligation de prise en considération est importante dans la mesure où elle renvoie nécessairement au contenu de cette dernière, lequel est pour le moins problématique. Il ne s'agit pas pour l'administration de « reprendre à son compte » mais de « tenir compte » des observations, c'est-à-dire d'en peser librement la pertinence, et de pouvoir justifier de la réalisation de cette pesée. Cela explique les exigences purement formelles de délais entre la fin de la consultation et la prise de décision, ainsi que de rédaction d'une synthèse. Mais la nature particulière de cette prise en considération vient également, et surtout, relativiser la logique de la jurisprudence « *Danthony* » qui voit les règles procédurales alternativement soit comme des garanties, soit comme des éléments susceptibles d'avoir une incidence sur le sens de la décision. Des commentaires autorisés avaient déjà nuancé cette alternative²⁴, les procédures de participation en scellent l'inopérance. La participation est une garantie qui *doit* avoir une influence sur le sens de la décision, même si ce n'est que pour conforter le sens premier que lui avait donné l'administration. L'on serait ainsi tenté de dire que, par sa décision du 12 juillet 2019, le Conseil d'État a moins consacré l'« effet utile » des procédures de participation que l'effet

²¹ Pour celles relevant du code de l'expropriation ou du CRPA, les observations doivent être examinées dans le rapport du commissaire enquêteur, mais sans que l'exigence d'une synthèse ne soit imposée. Or on ne peut pas considérer que le rapport vaut synthèse, dès lors qu'il exprime l'avis personnel de son auteur : la doctrine appelle depuis quelques années déjà à un renforcement des liens avec les observations formulées par le public (par ex. J. Ph. Colson, « Interventionnisme et participation. Le rôle de l'enquête publique dans les décisions administratives à caractère énergétique de la puissance publique », in *L'intervention économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CERAM, Montpellier, 1984, T. 1, p. 115 ; B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'Administration et les administrés, contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. « BDP », T. 172, 1993 p. 77.

²² Ainsi en matière de débat public (art. L. 121-11 code env.) et de concertation en droit de l'urbanisme (art. 103-6 code urb.).

²³ Art. L. 131-1 CRPA.

²⁴ X. Domino, A. Bretonneau, « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *AJDA*, 2013, chron. p. 1736.

inutile de sa jurisprudence « *Danthony* » à l'égard de celles-ci. Nous avons déjà plaidé²⁵ pour que soit reconnue « l'originalité » des procédures de participation s'agissant du traitement jurisprudentiel des irrégularités les entachant : cette décision vient en rappeler la nécessité.

Par ailleurs, au-delà de ce qui peut apparaître comme de la « cuisine contentieuse », un autre détail de la formule employée par le Conseil d'État doit être relevé : il évoque une prise en compte de l'avis des participants, au singulier. Cela semble renforcer les obligations de l'administration en la matière : elle doit pouvoir prouver avoir pris en compte les avis dans leur individualité et non leur globalité. Le Ministre se défendait d'ailleurs en indiquant notamment qu'avait été effectuée une analyse des observations au fur et à mesure de leur dépôt et une synthèse des 1000 premières observations déposées. Or, le juge relève le volume important d'observations reçues, s'élevant à 7 780 : la synthèse d'une très faible partie de celles-ci ne saurait valoir prise en considération. Ce singulier utilisé par le juge nous semble surtout significatif au plan théorique car il ancre – si tant est qu'on en ait douté – les procédures de démocratie administrative dans une logique individualiste et non collective, faisant primer l'adjectif au substantif, le droit subjectif au droit politique.

Ainsi, la logique procédurale à l'œuvre devant le juge administratif ne rend qu'imparfaitement compte de la portée des procédures de participation, au-delà même de la question de leur caractère obligatoire ou de leur nature démocratique. En l'état de la jurisprudence, tout se passe comme si consulter le public, destinataire de la mesure, était une procédure comme une autre. Mais plus encore, la participation du public peut même parfois céder le pas à cette logique procédurale.

II – La participation du public et l'effet contre-productif de la logique procédurale

Bien qu'elle soit considérée comme une garantie de procédure, la prise en considération des observations du public se heurte à un autre obstacle procédural, d'origine également prétorienne. Pris en quelque sorte à son propre piège (**A**), le juge administratif n'en dispose pas moins des clés pour s'en libérer (**B**).

A. – Constater l'obstacle procédural à la prise en considération des observations du public

Une affaire jugée en 2018 par le Conseil d'État permet de mettre en avant l'obstacle procédural maintenu par le juge face à l'obligation de prise en considération, venant ainsi la nuancer fortement dans sa portée. Dans une décision du 29 janvier 2018, « *Société Marineland* »²⁶, il devait rappeler que si l'autorité administrative entend modifier son projet suite à une procédure de consultation du public, elle ne doit procéder à une nouvelle consultation que si les modifications apportées ont pour effet de dénaturer le projet soumis à consultation. Cette jurisprudence semble de prime abord aller dans le sens d'une meilleure

²⁵ Ch. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. « BDP », T. 304, p. 671 et s.

²⁶ n° 412210 ; C. Goupillier, « Annulation de l'arrêté sur les delphinarium : la forme, c'est le fond qui remonte à la surface ? », *Dr. Env.*, 2018, n° 266, p. 144.

garantie de la consultation : initiée dans le droit des consultations électroniques environnementales en 2013²⁷, prévalant déjà en droit de l'urbanisme²⁸ et en droit des enquêtes publiques environnementales²⁹, elle a pour finalité de préserver l'utilité des procédures de consultation en bridant le pouvoir de modification des projets suite à la mise en œuvre desdites procédures. Elle repose sur l'impératif vertueux selon lequel le pouvoir de décision unilatérale ne saurait vider de sa substance la consultation en publiant un texte essentiellement différent de celui qui en a fait l'objet.

Or, ce qui peut apparaître à bien des égards comme une garantie est tout bonnement un obstacle à la prise en considération de la participation du public. Le législateur l'avait d'ailleurs lui-même relevé, en insérant dans le code de l'urbanisme le fait que les documents d'urbanisme soumis à enquête publique pouvaient être modifiés postérieurement à celle-ci « pour tenir compte des avis qui ont été joints au dossier, des observations du public et du rapport du commissaire ou de la commission d'enquête »³⁰. Par ailleurs, en matière d'enquête publique environnementale, il a ouvert la possibilité soit de suspendre l'enquête³¹ soit d'organiser une enquête complémentaire³², lorsque des modifications substantielles sont envisagées, lesquelles peuvent – mais pas nécessairement – être liées au contenu de la participation du public. Mais ces dispositions ont un caractère limité car, d'une part, elles ne remettent pas en cause les principes jurisprudentiels précités et, d'autre part, elles ne concernent que deux procédures de participation. La décision de janvier 2018 est ainsi l'occasion de pointer de nouveau en la matière l'inadaptation de l'interdiction faite aux autorités décisionnelles d'apporter des changements substantiels au projet postérieurement à une procédure de participation : cette règle ne permet pas à l'autorité compétente de tenir compte – nous ne disons même pas de reprendre à son compte – des observations du public, ce qui est pourtant l'essence de ces procédures.

Il s'agissait en l'espèce d'un arrêté ministériel fixant les caractéristiques générales et les règles de fonctionnement des établissements présentant au public des spécimens vivants de cétacés. Dans sa version soumise à publication, il autorisait la détention par ces établissements de grands dauphins nés ou à naître et élevés en captivité au sein d'établissements situés sur le territoire de l'Union Européenne et leur imposait des obligations renforcées du point de vue du bien-être animal, notamment la réalisation de travaux d'agrandissement et de modernisation des bassins dans un délai de 5 ans. Or l'arrêté publié *in fine* par le ministre différait : d'une part, ce délai de 5 ans était ramené à 3 ans ; d'autre part, et surtout, seule la détention de spécimens de dauphins déjà nés était autorisée, conduisant ainsi à terme à la fin de leur présence dans ces établissements. L'arrêté était donc nettement plus exigeant du point de vue du bien-être animal vis-à-vis des établissements destinataires, sans doute dans le bon sens. Le juge devait pourtant estimer, dans une certaine logique, que les modifications apportées après la consultation du public portaient sur une disposition essentielle du texte, au

²⁷ CE, 4 déc. 2013, *Association France Nature Environnement*, n° 357839 ; *JCPA*, 2014, n° 35, p. 31, comm. D. Bailleul ; *AJDA*, 2014, n° 30, p. 1722, note F. Blanco ; *Gaz. Pal.*, 2014, n° 52-53, p. 19, chron. B. Seiller.

²⁸ CE, 18 mars 1994, *Copropriété « Le Melchior »*, n° 136634.

²⁹ Sous les mots du législateur : art. L. 126-1 code env.

³⁰ Art. L. 143-23, 153-21 et 163-6 code urb.

³¹ Art. L. 123-14, I code env.

³² Art. L. 123-14, II code env.

regard des conséquences de la disparition dans les parcs, à terme, de ces animaux sur leur fréquentation et ainsi leur modèle économique. L'arrêté est dès lors annulé et le ministre invité à relancer une procédure s'il souhaite l'entrée en vigueur du texte en l'état. Entre les lignes, l'obligation de prise en considération est bien renvoyée dans les filets.

B. – Dépasser l'obstacle à la prise en considération des observations du public

La question, qui n'est pas abordée dans la décision, est celle de savoir dans quelle mesure les modifications apportées au texte par le ministère ne sont pas le résultat de la consultation du public. Fort heureusement, ces résultats sont accessibles en ligne³³ et permettent empiriquement de répondre positivement.

Le projet de texte a donné lieu à plus de 4 500 commentaires, dont la très grande majorité affiche une opposition à ce type d'établissements, pour des motifs environnementaux et de protection des espèces. L'arrêté finalement adopté ne faisait ainsi que tenir compte des observations émises, en trouvant un juste équilibre entre le maintien de l'activité des parcs aquatiques et une meilleure prise en compte du bien-être animal. Mais cette prise en compte est venue se heurter à la règle de l'interdiction des modifications substantielles, justifiant son annulation. Cela est d'autant plus regrettable que, à la suite de cette dernière, l'administration a choisi la voie de l'inaction : interrogé par un parlementaire en raison de l'absence de nouveau projet de texte, le ministre a fait savoir par réponse ministérielle du 25 décembre 2018, qu'une réflexion sur une « *transition du modèle existant vers des activités à la fois plus respectueuses des mammifères marins et de leurs conditions de vie, et viables économiquement pour les territoires concernés* »³⁴ était lancée, alors même qu'il relève expressément que le motif d'annulation était purement procédural. Il paraît évident qu'ici les intérêts – pressions ? – économiques et locaux l'ont emporté sur la prise en considération des observations du public, ce qui avait pourtant été la première voie choisie par l'administration.

On ne saurait en blâmer de prime abord le juge administratif, gardien de la légalité procédurale : il appartenait à l'administration de ne pas céder aux sirènes des lobbys et de mener à son terme un texte qui allait dans le sens des observations du public. En clair, jouer le jeu de la participation. Le juge administratif est à bien des égards un simple arbitre dans ce jeu. Cependant, on a rappelé que le principe appliqué dans la décision de janvier 2018, qui interdit de modifier le texte postérieurement à la consultation, est d'origine jurisprudentielle, du moins en matière de consultations électroniques ouvertes : la solution est ainsi entre ses mains. En effet, le constat de l'obstacle procédural maintenu par le Conseil d'État dans sa décision de janvier 2018 ne fait que renforcer la nécessité d'une proposition faite par ailleurs³⁵ : celle de rendre possibles des modifications substantielles d'un projet postérieurement à une procédure de consultation du public lorsqu'elles sont justifiées, exclusivement, par la volonté de tenir compte du sens des observations formulées à l'occasion de ladite procédure. Cette innovation pourrait venir du juge lui-même, dès lors qu'elle se ferait à droit constant. D'une part, cela n'obère pas la liberté de choix des autorités

³³ Consultation du 7 fév. au 1^{er} mars 2017, en ligne sur « consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr ».

³⁴ *JORF* 25 déc. 2018, p. 12263.

³⁵ Ch. Testard, thèse *préc.*, p. 544.

décisionnelles puisqu'elles ne sont jamais tenues de tenir compte des observations : au contraire, cela libère leur capacité d'action. D'autre part, le juge pourrait aisément s'assurer du respect de cette exception, par le biais de l'obligation de motivation. Il s'agirait de plus d'une innovation allant dans le sens du standard de la bonne administration, évitant de reprendre à leur début des procédures de consultation, qui ont en réalité porté leurs fruits.

En définitive, le développement des procédures de participation et des garanties textuelles qui les entourent constitue l'occasion pour le juge administratif de dresser un certain inventaire de sa logique procédurale. Face aux défis de la modernité, les autorités administratives sont de plus en plus sollicitées, au terme d'attentes citoyennes certainement aussi de plus en plus exigeantes. D'aucuns ont déjà proposé la création d'un référé-participation³⁶ ou pré-décisionnel³⁷, qui permettrait d'apurer ces contentieux procéduraux le plus tôt possible. Mais la nature propre des procédures de participation du public n'oblige-t-elle pas à ce que celles-ci soient « préservées » de la logique procédurale du juge ? Il ne s'agit certes pas d'imposer des procédures administratives sclérosantes, mais au contraire, de les envisager comme donnant à la relation administrative une vraie maturité, laquelle est propre à la finalité même du droit, comme vient de le rappeler François Ost³⁸. On concèdera, et les propos de l'auteur résonnent particulièrement dans l'analyse de l'équilibre que tente de trouver le juge administratif entre sécurité juridique et légalité administrative, que le peu de cas que l'on fait des formes, procédures ou délais permet de gagner en efficacité, mais il conduit également à s'exposer aux « humeurs » du pouvoir, au terme d'une certaine brutalité de la relation sociale. Il faut donc louer les « vertus moyennes » du droit, dont les procédures sont presque l'archétype et dont le juge administratif doit se faire le gardien.

Essentiel à retenir :

- Lorsqu'elles sont consacrées par les textes, les obligations de rédaction d'une synthèse des observations du public ainsi que de respect d'un délai minimal entre la fin de la procédure de participation et la prise de décision, concourent à une garantie procédurale au sens de la jurisprudence « *Danthony* ».
- Ces obligations doivent permettre à l'autorité administrative une prise en considération des observations du public.
- La logique procédurale suivie par le juge administratif s'oppose toutefois à cette prise en considération, dès lors qu'il juge impossible de modifier substantiellement un projet à l'issue d'une procédure de consultation, sans avoir recours à une nouvelle consultation.

³⁶ Y. Aguila, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français », in J.-B. Auby, dir., *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, p. 878 et s.

³⁷ Th. Perroud, « Peut-on sortir par le haut de l'arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* ? Pour un référé pré-décisionnel », *D.*, 2019, n° 41, p. 2241.

³⁸ Fr. Ost, « Le droit malgré tout », *Délibérée*, 2020, n° 9, p. 9.

- La prise en considération de l'avis du public impose dès lors de dépasser cet obstacle procédural en ouvrant la possibilité de modifier le projet dans l'hypothèse où il s'agit d'aller dans le sens de cet avis.

Mots-clés : participation du public – garanties de procédure – légalité administrative