

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*La motivation au service de la participation : l'émergence d'une obligation de
répondre aux commentaires du public comme clé d'articulation entre la
représentation et la participation*

JULIEN BÉTAILLE

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La motivation au service de la participation : l'émergence d'une obligation de répondre aux commentaires du public comme clé d'articulation entre la représentation et la participation

Julien BÉTAILLE

Maître de conférences en droit public à l'université Toulouse 1 Capitole

Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC, EA 1919)

-
- I. L'absence d'obligation de répondre aux commentaires du public
 - A. L'absence d'obligation dans les procédures classiques de participation du public
 - B. Des substituts peu satisfaisants
 - II. Les prémices d'une obligation de répondre aux commentaires du public
 - A. Une obligation découlant d'une lecture systémique de l'article 6 de la Convention d'Aarhus
 - B. Des progrès inaboutis dans la nouvelle génération de textes relatifs à la participation du public

La participation du public à l'élaboration d'un acte administratif d'une part, et sa motivation d'autre part, constituent traditionnellement deux éléments distincts de la théorie générale de l'acte administratif unilatéral. Néanmoins, envisagée de manière large, l'obligation de motivation peut contribuer à concrétiser la participation du public. Ainsi, l'obligation, pour l'administration, de répondre aux commentaires du public peut constituer une clé d'articulation entre la démocratie représentative et la démocratie participative. En effet, en permettant une réelle prise en considération des avis du public, elle est en mesure de donner à la participation la portée qui lui fait pour l'instant cruellement défaut. Pour autant, la mise en évidence de cette obligation de réponse n'est pas aisée. Elle n'existe pour l'instant pas à proprement

parler, mais certaines de ses prémices témoignent de son émergence.

L'exigence de motivation des actes administratifs et celle de les soumettre à la participation du public dans le domaine de l'environnement se sont développées de manière concomitante. Si la procédure de l'enquête publique remonte au premier Empire, c'est surtout dans les années 1980 que le droit de la participation a connu un développement important, c'est-à-dire quelques années après la loi du 11 juillet 1979 imposant la motivation de certains actes administratifs¹. L'enquête publique a fait l'objet d'une « démocratisation » en 1983² et une procédure de concertation a été créée en matière d'urbanisme en 1985³. Compte tenu des limites de ces deux procédures, celle du « débat public » a été introduite à

1. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

2. Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

3. Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement.

titre expérimental en 1995⁴, dans le sillage de la directive européenne sur les études d'impact environnemental⁵ et de la déclaration de Rio⁶, puis systématisée, pour les grands projets, à partir de 2002⁷ afin de répondre aux exigences de la convention d'Aarhus adoptée en 1998⁸. La loi Grenelle II va ensuite réformer, à la marge, l'enquête publique⁹, et surtout créer une procédure de consultation du public sur les projets de décrets en matière d'environnement¹⁰. Si le régime général de la motivation des actes administratifs ne fait pas l'objet de modifications substantielles entre-temps, la mise en œuvre du nouveau droit constitutionnel à la participation¹¹ va conduire le législateur à mieux encadrer la participation du public sur les projets d'actes réglementaires et à imposer la publication de leurs « motifs »¹². Cette dernière évolution, discrète, n'en est pas moins importante en ce qu'elle est symptomatique du lien qui peut exister entre participation et motivation¹³.

Le domaine de l'environnement se révèle particulièrement utile à l'appréhension de ce lien. En effet, les procédures de participation y ont été largement développées, allant bien au-delà de ce qui existe dans d'autres domaines du droit administratif¹⁴. L'environnement a également été le terrain d'un dépassement du champ d'application de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs¹⁵. Depuis que l'évaluation

environnementale est obligatoire, que ce soient pour les projets, y compris publics¹⁶, ou pour les plans et programmes¹⁷, le droit de l'environnement a imposé à l'administration, par ce biais, de mieux justifier ses décisions, peu importe que celles-ci constituent des actes réglementaires ou des actes individuels¹⁸. Dès lors, si le droit de l'environnement fait figure d'aiguillon du droit de la participation et que la motivation y est développée, il n'est pas très surprenant qu'il puisse être un terrain privilégié de l'étude du lien entre la motivation et la participation du public.

Néanmoins, s'interroger sur le point de savoir en quoi la motivation peut renforcer la portée de la participation du public impose un détour par le droit administratif américain. En effet, ce dernier, à travers la procédure ancienne du *notice and comment*¹⁹, fait figure d'étalon dans la mesure où l'administration y est obligée de répondre à l'ensemble des commentaires émis par le public. Les agences américaines disposant d'un pouvoir quasi législatif délégué par le Parlement²⁰, il convenait de compléter leur contrôle démocratique. En effet, on a pu considérer que le *rulemaking* des agences

[...] viole les principes démocratiques fondamentaux. Ceux qui écrivent les règles ne sont pas élus; ils ne sont redevables devant le peuple américain que par des moyens

4. Article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.
5. Article 6 de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.
6. Principe 10 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992.
7. Article 134 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.
8. Convention relative à l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement signée le 25 juin 1998 à Aarhus au Danemark, entrée en vigueur en France le 6 octobre 2002 (voir *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 1999).
9. Articles 236 *sq.* de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Voir J. Bétaille, « La réforme de l'enquête publique issue de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Complément territorial*, décembre 2010, p. 26-32.
10. Article 244 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Voir G. Monédiaire, « La participation du public à l'élaboration des actes réglementaires de l'État et de ses établissements publics en matière d'environnement: la nécessité d'une loi Grenelle 3 ? », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2010, p. 223-239.
11. Article 7 de la Charte de l'environnement (article 2 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement).
12. L'autorité administrative est désormais obligée de publier « la synthèse des observations du public ainsi que, dans un document séparé, les motifs de la décision » (article 2 de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement).
13. Si le droit de la participation a connu en 2016 de nouvelles évolutions significatives, notamment par un redéploiement des procédures de participation de l'amont à l'aval du processus de décision (ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement), cela n'a pas eu d'impact direct sur la motivation des actes. Plus récemment, a été mise en place une expérimentation visant à remplacer, dans certains cas, l'enquête publique par une participation par voie électronique (articles 56 et 57 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance).
14. Sur la participation du public telle qu'organisée, *a minima*, dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), voir l'analyse critique de S. Saunier, « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2015, p. 2426 *sq.* Par exemple, en ce qui concerne les suites données à la consultation du public, l'auteur relève que « l'ensemble est très nettement moins contraignant que, par exemple, les règles consacrées au titre du principe de participation aux décisions ayant une incidence sur l'environnement qui auraient pu servir de modèle ».
15. Ce champ d'application a également été dépassé dans d'autres domaines du droit administratif. Voir B. Plessix, *Droit administratif général*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 1074.
16. Directive 85/337/CEE du 27 juin 1985.
17. Directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.
18. G. Monédiaire, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 607 *sq.*
19. Les procédures de participation aux actes adoptés par les agences fédérales américaines sont apparues dans le contexte de l'après-guerre. Voir É. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 757 *sq.* Sur l'histoire de la participation du public aux États-Unis, voir C. M. Kerwin, S. R. Furlong, *Rulemaking - How Government Agencies Write Law and Make Policy*, 5^e éd., SAGE - CQPRESS, 2019, p. 259 *sq.*
20. « [...] le pouvoir d'émettre des règles générales et impersonnelles reconnu aux agences est analysé comme un pouvoir quasi-législatif ou législatif » (D. Custos, « Droits administratifs américain et français: sources et procédure », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 299-300).

indirects. Nos représentants élus ont été confrontés à ce dilemme à de nombreuses reprises et décidèrent que la participation directe du public à l'élaboration des règles est une réponse à ce problème²¹.

Dès lors, outre le contrôle effectué par le juge, le principal moyen d'assurer la démocratie au sein de ces agences dirigées essentiellement par des experts a été d'imposer une démocratisation des procédures de décision. Même si les deux systèmes sont différents, la comparaison avec le pouvoir réglementaire français ne semble pas inopportune. En effet, le pouvoir des agences américaines, dans l'édiction des règles générales et impersonnelles, peut, *a minima*, être comparé au pouvoir réglementaire autonome français et à celui d'édicter des ordonnances. De plus, les membres du gouvernement français ne sont pas élus et la responsabilité du gouvernement devant le Parlement est devenue, au fil de la pratique présidentiale du régime, très théorique. Dès lors, comme aux États-Unis, la forme d'*accountability* dont la participation du public aux actes réglementaires est porteuse semble loin d'être dénuée de tout intérêt sur le plan démocratique.

La section 553 de l'Administrative Procedure Act américain (APA)²² distingue trois étapes de la procédure de participation. Tout d'abord, une « *general notice of proposed rulemaking* » est publiée dans le *Federal Register*. Cet avis doit notamment comprendre les principaux éléments du projet de texte. Ensuite, aux termes du c) de cette section, l'agence doit donner aux personnes intéressées « une opportunité de participer à l'élaboration de la règle à travers la soumission de données écrites, de points de vue ou d'arguments, avec ou sans possibilité de présentation orale ». Puis, l'agence doit répondre aux différents commentaires et ces réponses seront consignées dans le *record*. Enfin, la dernière phase de la procédure est celle de la publication du *statement of « basis and purpose »*. Cette déclaration porte sur les fondements et les objectifs du règlement. Sur le plan matériel, elle constitue l'équivalent d'un préambule. Celui-ci fait notamment apparaître l'évolution du texte depuis le premier projet jusqu'à sa version finale, ce qui permet d'évaluer l'influence des commentaires du public. Il résume surtout les réponses de l'agence aux commentaires qu'elle a reçus. Cette troisième étape est interprétée de façon exigeante par les juges américains²³. Ainsi, le *statement* doit

répondre aux commentaires du public, au moins pour les plus significatifs²⁴. Pour les juges, il s'agit d'obliger l'agence à démontrer le caractère rationnel de sa décision²⁵. Il reste que « les commentaires sont soigneusement enregistrés et les agences y répondent dans le préambule de la décision finale »²⁶. C'est en cela que la procédure américaine présente un intérêt pour notre objet. Même si la procédure du *notice and comment* rencontre des critiques, notamment le fait que la soumission de commentaires par écrit rend difficile l'instauration d'un véritable dialogue²⁷ et que l'ensemble de la procédure est relativement lourd, « tel semble le prix à payer pour que l'intervention en amont des administrés ait un impact réel sur le travail administratif »²⁸. Or c'est là l'intérêt de l'obligation de réponse qui pèse sur les agences. Elle permet de concrétiser la participation du public.

En effet, l'obligation de répondre aux commentaires du public apparaît comme une clé d'articulation entre la démocratie représentative et la participation, deux éléments régulièrement opposés et parfois considérés comme incompatibles. On connaît déjà l'intérêt que présente la motivation des actes administratifs²⁹. Elle limite l'arbitraire administratif, contribue à protéger la légalité et améliore la confiance des administrés. Néanmoins, en enrichissant son contenu par la réponse aux commentaires du public, il s'agit de lui conférer une dimension supplémentaire. Quel serait l'intérêt de suivre la voie tracée par le droit américain ? Il s'agit de contribuer à résoudre l'éternelle limite de la participation du public, de la rendre tangible dans la décision finale. En effet, comme l'exprime Yves Jégouzo, « les résultats de la participation doivent pouvoir influencer la décision finale. Sinon, c'est le principe même de la participation qui sera remis en cause »³⁰. À son tour Raphaël Brett explique que « si la participation était dénuée de toute influence sur les décisions, elle en perdrait rapidement toute utilité »³¹. Mais dans la mesure où nul ne conteste que « la décision finale, au terme du processus préparatoire, reste l'apanage du pouvoir politique »³², alors comment conférer à la participation une réelle influence, comme le prescrit l'article 6 de la convention d'Aarhus, sans pour autant limiter le pouvoir d'appréciation de l'administration ? C'est à la résolution de ce problème que l'obligation de répondre aux commentaires du public peut contribuer. Sans prise en considération de ses résultats, la

21. C. M. Kerwin, S. R. Furlong, *Rulemaking...*, p. 256. Ici, et dans la suite de l'article, les traductions des citations en anglais sont les nôtres.

22. Administrative Procedure Act, 1946, codifié dans le United States Code (USC), chap. 5, sections 511 à 599. Voir R. L. Glicksman, R. E. Levy, *Administrative Law: Agency Action in Legal Context*, New York, Foundation Press, 2010, p. 289 sq.

23. É. Zoller, « Les agences fédérales américaines... ».

24. Par exemple : Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC, *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (DC Cir. 1973).

25. Cour d'appel fédérale du circuit de Washington DC, *Cement Kiln Recycling Coalition v. EPA*, 493 F.3d 207, 225 (DC Cir. 2007).

26. C. M. Kerwin, S. R. Furlong, *Rulemaking...*, p. 292.

27. W. F. Fox, *Understanding Administrative Law*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2008, p. 170.

28. D. Custos, « Droits administratifs... », p. 301.

29. Voir C. Wiener, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 21, n° 4, 1969, p. 780 sq.

30. Y. Jégouzo, « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement...*, p. 584.

31. R. Brett, *La participation du public à l'élaboration des normes environnementales*, thèse de doctorat en sciences juridiques, université Paris-Sud, 2015, p. 392.

32. Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement. Rapport public 2011*, Paris, La documentation française (Études et documents du Conseil d'État ; 62), 2011, p. 91.

participation perd tout son intérêt et ne contribue pas à la démocratisation du pouvoir administratif. Or, la prise en considération passe principalement par une réponse, par l'administration, aux commentaires du public.

Dès lors, dans quelle mesure pourrait-on considérer qu'une telle obligation existe envers l'administration en France? L'examen du droit interne positif conduit à constater l'absence d'une telle obligation de répondre aux commentaires du public (I). Néanmoins, il est possible de faire l'hypothèse de son émergence en mettant en évidence les prémices de cette obligation (II).

I. L'absence d'obligation de répondre aux commentaires du public

L'examen du droit interne conduit à constater l'absence d'obligation claire, pour l'administration, de répondre aux commentaires du public. Non seulement les procédures classiques du droit de la participation du public ne prévoient pas une telle obligation (A), mais aussi est-il difficile de lui trouver des substituts satisfaisants (B).

A. L'absence d'obligation dans les procédures classiques de participation du public

En premier lieu, plusieurs procédures de participation sont susceptibles d'intervenir en amont du processus de décision. La plus importante est celle du « débat public »³³ menée sous l'égide de la Commission nationale du débat public (CNDP), autorité administrative indépendante dont la fonction est d'organiser de manière impartiale le débat. Si l'on se concentre sur l'issue du débat, force est de constater l'absence d'obligation de répondre aux commentaires émis par le public durant ce débat. Après la clôture du débat, le président de la CNDP en établit un compte rendu et en dresse un « bilan »³⁴. Selon Jacques Chevallier, la procédure du débat public reste reléguée « en marge du processus décisionnel ; la publication du bilan du débat public et sa transmission aux décideurs ne constituent qu'un pis-aller »³⁵. Néanmoins, dans un délai de trois mois suivant la publication de ce bilan, le maître d'ouvrage décide

[...] du principe et des conditions de la poursuite du plan, du programme ou du projet. Il précise, le cas échéant, les principales modifications apportées au plan, programme

ou projet soumis au débat public. Il indique également les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire du débat public³⁶.

Le législateur a ainsi prévu une obligation procédurale ayant pour but de faire le lien entre les commentaires du public et la suite à donner au projet. Cependant, le maître d'ouvrage tire librement les enseignements du débat et n'est pas précisément tenu de répondre aux commentaires émis par le public. Surtout, le titulaire du pouvoir de décision, c'est-à-dire l'administration compétente pour autoriser le projet, est ici absente³⁷. Elle n'a donc pas à répondre aux commentaires du public. Le pouvoir qu'elle détient n'est pas accompagné d'une obligation de se justifier au regard de ces commentaires.

La procédure de « concertation préalable »³⁸, également organisée au stade amont du processus de décision, est assez similaire au débat public en ce qui concerne les suites qui lui sont données. Cette concertation peut être organisée soit par un « garant » désigné par la CNDP, soit par le maître d'ouvrage lui-même. Dans tous les cas, un « bilan » de la concertation est rendu public par l'organisateur³⁹ et le maître d'ouvrage « indique les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire de la concertation »⁴⁰. Lorsque la concertation est menée sous l'égide d'un garant, le Code de l'environnement précise que le bilan

[...] comporte une synthèse des observations et propositions présentées et, le cas échéant, mentionne les évolutions du projet, plan ou programme qui résultent de la concertation préalable⁴¹.

Néanmoins, comme pour le débat public, il n'y a pas véritablement d'obligation de réponse aux commentaires du public. Il ne s'agit pas ici de développer des arguments en réponse, et l'administration est là aussi absente.

Une autre procédure de concertation est spécifique à l'urbanisme⁴². Elle est notamment applicable dans le cadre de l'élaboration des documents d'urbanisme, en amont de l'enquête publique. La collectivité territoriale en charge de l'élaboration du document délibère d'abord sur les modalités de la concertation avant que le public puisse faire part de ses observations. Puis, à l'issue de la concertation, l'article L. 103-6 du Code de l'urbanisme prévoit que la collectivité « en arrête le bilan » et que ce dernier est joint au dossier d'enquête publique. Ainsi, selon Jean-Claude Hélin, « rien dans la rédaction de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme [ne garantit que] ses avis soient « dûment

33. Articles L. 121-8 *sq.* du Code de l'environnement.

34. Article L. 121-11 du Code de l'environnement.

35. J. Chevallier, « Le débat public en question », in *Pour un droit commun de l'environnement...*, p. 505.

36. Article L. 121-13 du Code de l'environnement. L'ensemble de ces documents sont ensuite joints au dossier d'enquête publique (article R. 121-10 du Code de l'environnement).

37. Cela est évidemment le cas lorsqu'il s'agit d'un projet privé. S'agissant d'un plan, en revanche, c'est l'administration qui doit indiquer les mesures prises sur la base des enseignements du débat, mais il ne s'agit pas d'une obligation de répondre aux commentaires du public.

38. Articles L. 121-15-1 *sq.* du Code de l'environnement.

39. Articles L. 121-16 et R. 121-21 du Code de l'environnement.

40. Article L. 121-16 du Code de l'environnement.

41. Article L. 121-16-1 du Code de l'environnement.

42. Anciens articles L. 300-2 *sq.* du Code de l'urbanisme, devenus les articles L. 103-2 *sq.*

pris en considération»⁴³. En particulier, aucune disposition du Code de l'urbanisme n'impose à la collectivité de répondre aux commentaires du public.

Par conséquent, aucune des procédures intervenant en amont du processus de décision ne conduit à une réponse aux commentaires du public. Néanmoins, cela n'est pas totalement surprenant s'agissant de ce type de procédures. En effet, dans les deux premiers cas, l'État n'intervient qu'à la fin de la procédure pour prendre la décision finale. Certes, on pourrait imaginer que l'administration compétente pour prendre la décision finale ait l'obligation de répondre aux commentaires du public en cours de procédure, juste après la phase amont. Néanmoins, même si cela serait de nature à instaurer une dynamique beaucoup plus délibérative, le droit français est encore assez éloigné de ce type de logique.

En second lieu, dans la phase en aval du processus de décision, la principale procédure de participation du public reste l'enquête publique⁴⁴. Là encore, il est difficile de déceler une obligation, pour l'administration, de répondre aux commentaires du public. Néanmoins, cette procédure a été perfectionnée au fil du temps et un certain nombre d'acteurs sont amenés à fournir des éléments de réponse au public. D'abord, la mission générale du commissaire enquêteur comprend le fait d'orienter le public au sein du dossier d'enquête afin, éventuellement, d'y trouver un certain nombre de réponses. Ensuite, le maître d'ouvrage est également conduit à fournir des compléments d'information et des éléments de réponse au public. Pendant l'enquête, il peut être amené à communiquer des documents complémentaires⁴⁵. À l'issue de l'enquête, le commissaire enquêteur le rencontre, lui fait part d'une synthèse des observations du public et il dispose de quinze jours pour produire ses propres observations⁴⁶. Ensuite, le rapport du commissaire enquêteur fait état « des réponses éventuelles du maître d'ouvrage »⁴⁷. Ce même rapport est accompagné de conclusions motivées par le commissaire enquêteur⁴⁸. Néanmoins, ces conclusions ne constituent pas une réponse aux observations du public. Le commissaire enquêteur doit y formuler un avis personnel sur le projet soumis à enquête. Enfin, en ce qui concerne l'autorité administrative compétente pour prendre la décision finale d'autorisation du projet, un progrès notable a été introduit en 2016⁴⁹. En effet, le nouvel article L. 123-15 du Code de l'environnement dispose, dans son dernier alinéa, que l'autorité administrative

[...] peut organiser, en présence du maître d'ouvrage, une réunion publique afin de répondre aux éventuelles réserves, recommandations ou conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête.

Il s'agit indéniablement d'un pas vers une procédure plus délibérative. Néanmoins, l'organisation de cette réunion reste pour l'instant facultative et l'objet de la réunion n'est pas de répondre aux commentaires du public mais aux conclusions du commissaire enquêteur, deux éléments dont les contenus respectifs peuvent en pratique se révéler assez différents.

Une fois l'ensemble des procédures de participation terminées, la décision finale de l'administration concernant le projet en question pourrait théoriquement comprendre une réponse aux commentaires du public. Néanmoins, pour l'heure, il n'en est rien. En effet, soit il s'agit de décisions qui n'ont pas à être motivées, soit, lorsqu'elles doivent l'être, l'objet de la motivation n'est pas de répondre aux commentaires du public. Par exemple, un arrêté d'autorisation d'une installation classée doit être motivé lorsqu'il comporte des prescriptions adressées à l'exploitant, mais cette motivation a pour objet de justifier le contenu de ces prescriptions parce qu'elles sont considérées comme défavorables au pétitionnaire. Elle n'a pas spécifiquement pour but de répondre au public. Une nuance s'impose néanmoins pour les projets publics. En effet, lorsqu'ils sont soumis à une enquête publique, l'administration « se prononce, par une déclaration de projet, sur l'intérêt général de l'opération projetée »⁵⁰. Or, cette déclaration

[...] prend en considération l'étude d'impact, les avis de l'autorité environnementale et des collectivités territoriales [...] et le résultat de la consultation du public. Elle indique, le cas échéant, la nature et les motifs des principales modifications qui, sans en altérer l'économie générale, sont apportées au projet au vu des résultats de l'enquête publique⁵¹.

Néanmoins, là encore, il est difficile d'y voir une obligation claire de répondre aux observations du public, surtout s'agissant d'un document qui a été institué originellement pour permettre au porteur du projet de réaffirmer l'intérêt général du projet⁵².

En définitive, si les procédures classiques de participation ont été perfectionnées, il reste impossible d'identifier une obligation claire, à la charge de l'administration, de

43. J.-C. Hélin, « Décision administrative concertée et performance », in *Performance et droit administratif*, N. Albert (dir.), Paris, Litec, 2010, p. 82.

44. Articles L. 123-1 *sq.* du Code de l'environnement.

45. Article L. 123-13 du Code de l'environnement. Le refus éventuel du responsable du projet doit être motivé (article R. 123-14 du Code de l'environnement).

46. Article R. 123-18 du Code de l'environnement.

47. Article L. 123-15 du Code de l'environnement.

48. *Ibid.*

49. Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

50. Article L. 126-1 du Code de l'environnement.

51. *Ibid.*

52. Voir J. Bétaille, « La contribution du droit aux effets de la participation du public : de la prise en considération des résultats de la participation », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 35, n° 2, 2010, p. 214.

répondre aux commentaires du public. À cela s'ajoute l'impossibilité d'y trouver, ailleurs, un substitut satisfaisant.

B. Des substituts peu satisfaisants

Deux types d'obligations procédurales pourraient potentiellement pallier les insuffisances des procédures classiques de participation du public : l'obligation classique de motiver certains actes administratifs et celle de publier les motifs de la décision.

En premier lieu, la motivation, telle qu'elle est conçue en France, n'a pas pour objet de répondre aux remarques exprimées par le public, contrairement à ce qui existe dans le cadre de la procédure américaine du *notice and comment*. Il s'agit d'informer le public des motifs des décisions en communiquant les « considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision »⁵³. La motivation ne présente, le cas échéant, aucun lien avec les résultats de la participation du public. Plus largement, la motivation des actes individuels est orientée vers la personne à laquelle l'acte s'adresse directement. Il n'existe en principe aucune obligation de motivation à l'égard des tiers⁵⁴. Comme cela a été remarqué,

[...] l'exercice se complique lorsque l'administration noue avec les administrés des relations que l'on peut qualifier de « triangulaires » car une décision peut être favorable au pétitionnaire mais défavorable pour un tiers⁵⁵.

Or, le caractère défavorable de la décision est apprécié par le juge administratif exclusivement à l'égard du pétitionnaire⁵⁶. Par exemple, en dehors des éventuelles prescriptions techniques imposées par l'administration à l'exploitant, la décision d'autorisation d'exploiter une carrière ne fait pas l'objet d'une obligation de motivation⁵⁷. Or, ce type de décision, favorable au pétitionnaire, est aussi parfois défavorable aux tiers, par exemple aux riverains ou aux défenseurs de l'environnement et l'administration n'a, à leur égard, aucune obligation de justifier la délivrance de l'autorisation.

Il faut ajouter à l'inadéquation du contenu de la motivation que celle-ci fait l'objet d'un champ d'application

restreint. Alors qu'il n'existe aucune obligation générale de motivation⁵⁸, le CRPA impose seulement la motivation des décisions individuelles défavorables, notamment les mesures de police, les sanctions, les décisions qui imposent des prescriptions, les refus d'autorisation ou encore les dérogations⁵⁹. Cela exclut évidemment les actes réglementaires. Si le droit de l'environnement et le droit de l'urbanisme connaissent déjà, à travers des documents préparatoires tels que les évaluations environnementales ou les rapports de présentation des documents d'urbanisme⁶⁰, une forme diffuse de motivation des actes réglementaires, il ne s'agit pas d'une motivation directe de la décision elle-même, et encore moins de réponses aux commentaires du public.

En second lieu, une obligation plus vaste de publier les motifs de la décision est progressivement apparue dans le domaine de l'environnement. Par exemple, l'article 9 de la directive 2011/92/UE sur les études d'impact dispose que « [l]orsqu'une décision d'accorder ou de refuser une autorisation a été prise », l'autorité compétente met à la disposition du public,

[...] après examen des préoccupations et des avis exprimés par le public concerné, les principales raisons et considérations sur lesquelles la décision est fondée, y compris l'information concernant le processus de participation du public.

Cependant, même si les motifs de la décision et le processus de participation sont ici associés, il ne s'agit pas d'une obligation claire de répondre aux commentaires du public.

Surtout, la portée juridique de cette obligation a quasiment été anéantie par l'interprétation des juges. Ainsi, pour le Conseil d'État, les dispositions de l'article 9 de la directive 85/337/CEE, c'est-à-dire de l'ancienne version de l'actuelle directive 2011/92/UE, « ne sauraient être interprétées comme imposant une motivation en la forme de la décision qui serait une condition de légalité de cette dernière »⁶¹. La Cour de justice a par la suite considéré que l'administration a le loisir de faire connaître les motifs de sa décision « soit dans la décision elle-même, soit dans une communication ultérieure

53. Article L. 211-5 du CRPA.

54. Voir J. Bétaille, « La contribution du droit... », p. 216.

55. J.-L. Autin, « La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens », *Revue française d'administration publique*, n° 137-138, 2011, p. 96.

56. CE, sect., 9 décembre 1983, *Vladescu*, 43407, *Recueil Lebon*, p. 497; *Recueil Dalloz*, 1984, p. 158, concl. B. Genevois.

57. CE, 15 mars 2006, *Association pour l'étude et la protection de l'Allier*, n° 264699, *Revue de droit immobilier*, 2006, p. 286, note L. Fonbaustier.

58. CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, *Recueil Lebon*, p. 419.

59. Articles L. 211-2 et L. 211-3 du CRPA.

60. Voir G. Monédiaire, « Vers la motivation... ».

61. CE, 2 juin 2003, *Union fédérale des consommateurs « Que choisir » de Côte d'Or*, n° 243215; *La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales*, n° 50, 8 décembre 2003, 2106, note P. Billet. À propos de l'ancien article L. 122-1 du Code de l'environnement, qui reprenait en substance les exigences de la directive, le Conseil d'État a jugé que « si ces dispositions exigent que l'auteur d'une déclaration d'utilité publique porte à la connaissance du public, dans un délai raisonnable, les motifs qui l'ont fondée, elles ne sauraient être interprétées comme imposant la motivation de la déclaration d'utilité publique ou la publication simultanée de la décision et de ses motifs » (CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT*, n° 342409; *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 1061, note M. Canedo-Paris). Dans le même arrêt, le Conseil d'État avait considéré que l'arrêté attaqué n'était pas incompatible avec les stipulations du paragraphe 9 de l'article 6 de la convention d'Aarhus, le vidant ainsi de sa substance immédiatement après avoir implicitement reconnu son effet direct.

faite sur demande »⁶² et elle n'exprime dans cet arrêt aucune exigence quant au contenu de la motivation. Dès lors, rien ne garantit que la motivation ne soit envisagée comme une justification de la décision au regard des remarques effectuées par le public. Enfin, le Conseil d'État a interprété l'ancien article L. 120-1 du Code l'environnement, devenu aujourd'hui l'article L. 123-19-1 et exigeant la publicité des motifs de la décision et d'une synthèse des observations du public. Il a en particulier considéré que

[...] le moyen tiré de ce que le document rendant public les motifs de la décision ne permettrait ni de connaître les observations formulées dans le cadre de la procédure de participation ni de savoir dans quelle mesure elles ont été prises en compte est en tout état de cause sans incidence sur la légalité du décret attaqué [...]⁶³.

Sans que cela ne soit réellement une surprise, la jurisprudence du Conseil d'État apparaît ici en décalage avec le discours de la section du rapport et des études et de son ancien vice-président⁶⁴. Non seulement cette décision « anéantit la portée juridique de l'obligation de motivation »⁶⁵, mais aussi elle neutralise indirectement les effets potentiels des paragraphes 8 et 9 de l'article 6 de la convention d'Aarhus. Cela est d'autant plus regrettable que c'est du côté de cette convention que se situent les prémices d'une obligation de répondre aux commentaires du public.

II. Les prémices d'une obligation de répondre aux commentaires du public

Les prémices d'une obligation de répondre aux commentaires du public ne sont pas nouvelles. Elles résident dans une lecture systémique des dispositions de l'article 6 de la convention d'Aarhus de 1998, lecture à laquelle souscrit le Comité d'examen du respect des dispositions de cette convention (A). Au plan interne, la nouvelle génération de textes relatifs à la participation du public semble marquer des progrès sur ce terrain, même si leur mise en œuvre reste en retrait par rapport à l'obligation de répondre aux commentaires du public (B).

A. Une obligation découlant d'une lecture systémique de l'article 6 de la Convention d'Aarhus

Le paragraphe 9 de l'article 6 de la convention d'Aarhus comporte une obligation de motivation. Ainsi, « chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée ». Néanmoins, il ne s'agit pas ici d'une simple obligation de communiquer les motifs sur lesquels la décision est fondée. En effet, cette disposition s'insère dans le contexte du droit à la participation reconnu par la convention et de sa concrétisation en matière de projets par l'article 6. Or, l'objectif de cet article n'est pas seulement que le public puisse faire part de ses commentaires sur le projet, mais aussi que celui-ci puisse avoir une influence sur la décision. Outre le paragraphe 4 du même article⁶⁶, c'est surtout le paragraphe 8 qui en témoigne. Ainsi, « chaque Partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération ». Cette obligation de prise en considération est d'ailleurs reprise par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷. Dès lors, il suffit d'adopter une lecture systémique de cet article pour comprendre que cette obligation de motivation est en réalité finalisée. Son objet est de concrétiser l'obligation, prévue dans le paragraphe précédent, de prise en considération des résultats de la participation. De cette lecture découle nécessairement l'idée que la motivation qui est ici en cause doit conduire l'autorité administrative à répondre aux commentaires du public. À défaut, ce serait l'effet utile des paragraphes 8 et 9 de la convention d'Aarhus qui serait anéanti.

Cette lecture systémique est confirmée à la lecture du guide d'application de la convention. Ainsi, l'obligation de motivation prévue au paragraphe 9 permet au décideur de « montrer qu'il a étudié les éléments d'appréciation présentés par les participants et tenu compte de leurs arguments »⁶⁸. Le lien entre motivation et prise en considération est encore plus explicite lorsque les auteurs de ce guide considèrent que

62. CJCE, 30 avril 2009, *Mellor*, C-75/08, point 59; *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2009, p. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay et autres c. Région wallonne*, C-182/10; *Europe*, n° 4, 2012, p. 30, note D. Simon.

63. CE, 17 avril 2015, *Associations Eaux et rivières de Bretagne et France Nature Environnement*, n° 375961. Plus récemment, il a considéré que « [l]e défaut de publication de la synthèse des observations du public et des motifs de l'arrêté attaqué est, en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de celui-ci » (CE, 8 avril 2019, *France Nature Environnement et autre*, n° 414444, 414467).

64. « Le respect du processus itératif et progressif qui caractérise toute démarche délibérative impose à l'administration de donner des informations sur les suites projetées » (J.-M. Sauvé, intervention lors du colloque « Consulter autrement, participer effectivement », colloque du Conseil d'État sur le rapport public 2011, 20 janvier 2012).

65. M. Fleury, *La délibération en droit public interne*, thèse de doctorat en droit public, université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 486.

66. Celui-ci dispose que « chaque Partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence ».

67. La Cour apprécie ainsi « la mesure dans laquelle les points de vue des individus [...] ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel et les garanties procédurales disponibles » (Cour EDH, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni (GC)*, n° 36022/97, point 104; *Journal du droit international*, 2004, p. 701, note P. Tavernier).

68. Commission économique des Nations unies pour l'Europe, *La convention d'Aarhus : guide d'application*, 2^e éd., Genève, United Nations publications, 2014, p. 157.

[...] le fait de prendre dûment en considération les résultats de la procédure de participation du public pourrait être interprété comme une obligation d'inclure dans la décision motivée communiquée par écrit un examen de la manière dont il a été tenu compte de la participation du public⁶⁹.

On glisse ensuite vers l'obligation de répondre aux commentaires du public puisque l'autorité compétente « devrait être en mesure d'indiquer pourquoi telle observation a été rejetée pour des raisons de fond »⁷⁰. D'ailleurs, le guide mentionne, au titre des « bonnes pratiques », le fait, comme cela existe déjà dans certains États, d'

[...] exiger de l'autorité compétente qu'elle réponde directement aux observations sur le fond. À cette fin, il est possible de regrouper les observations qui sont identiques quant au fond. Certains pays exigent que toutes les observations, quant à leur fond, fassent l'objet d'un document écrit justifiant la décision finale, lequel peut être appelé « document de réponse »⁷¹.

Les recommandations de Maastricht, adoptées par la 5^e conférence des parties en 2014 à Maastricht, suivent également la même direction⁷².

Néanmoins, c'est surtout la jurisprudence du Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus qui permet de confirmer cette lecture systématique, de laquelle découle l'obligation de répondre aux commentaires du public. Ce comité, à l'image du Comité des droits de l'homme vis-à-vis du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a la charge d'interpréter la convention dans l'ordre international et d'aider les États à s'y conformer. À l'occasion d'une première décision concernant la Lituanie, le Comité avait déjà eu l'occasion de préciser que

[...] la Convention ne fixe pas de critères précis pour l'indication des « motifs et considérations sur lesquels la décision est fondée », si l'on excepte l'obligation prévue au

paragraphe 8 de l'article 6, de veiller à ce que les « résultats de la procédure de participation du public » ont été pris en considération⁷³.

Peu de temps après, l'interprétation du Comité a gagné en précision. Il confirme la lecture systématique des paragraphes 8 et 9⁷⁴, et énonce qu'

[...] en conséquence, l'obligation de prendre dûment en considération les résultats de la procédure de participation du public devrait être interprétée comme l'obligation selon laquelle la décision écrite raisonnée devrait comporter un examen de la façon dont la participation du public a été prise en considération [...]. Le Comité observe qu'un système qui méconnaît systématiquement les observations du public ou ne les accepte pas en fonction de leur qualité intrinsèque, sans aucune justification, ne respecte pas la Convention⁷⁵.

Dès lors, la combinaison des paragraphes 8 et 9 de l'article 6 conduit à obliger l'autorité compétente à exposer des justifications lorsqu'elle n'accepte pas ou ignore les commentaires du public, ce qui revient, *in fine*, à une obligation de répondre aux commentaires formulés par le public.

En définitive, il est possible de déduire de la convention d'Aarhus les prémices d'une obligation de répondre aux commentaires du public, laquelle est la conséquence directe de l'obligation de prendre en considération ces commentaires. Malheureusement, le droit français ne prévoit pas explicitement l'obligation de réponse. Néanmoins, il oblige explicitement l'administration à « prendre en considération » les observations du public, notamment à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement⁷⁶, ce qui implique en creux une obligation de réponse aux commentaires du public. De plus, des textes récents relatifs à la participation du public semblent aller dans cette direction, même si leur mise en œuvre ne permet pas encore de parler d'une véritable réponse aux commentaires du public.

69. Commission économique des Nations unies pour l'Europe, *La convention d'Aarhus...*, p. 155.

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p. 156.

72. « Pour faciliter l'élaboration de l'exposé des motifs, il peut être utile de dresser un tableau documentant les observations reçues et la façon dont elles ont modifié le projet de décision. Si certaines observations n'ont pas été retenues, les motifs de leur rejet devraient également être mentionnés dans le tableau » (Commission économique des Nations unies pour l'Europe, *Recommandations de Maastricht sur les moyens de promouvoir la participation effective du public au processus décisionnel en matière d'environnement dans le cadre de la Convention d'Aarhus*, Genève, United Nations publications, 2015, p. 45).

73. Décision du 13 juin 2008 relative à la communication n° ACCC/C/2006/16 (Lituanie) ECE/MP.PP/2008/5/Add.6, § 81, en ligne : https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2008/pp/mop3/ece_mp_pp_2008_5_add_6_f.pdf.

74. « Il apparaît clairement au Comité que l'obligation de tenir dûment compte dans la décision des résultats de la procédure de participation du public ne peut être considérée comme une obligation d'accepter toutes les observations, réserves ou opinions présentées. Toutefois, bien qu'il soit impossible d'accepter les points essentiels de toutes les observations présentées, qui peuvent souvent être antagoniques, l'autorité compétente doit néanmoins examiner de près toutes les observations reçues. Le Comité rappelle que l'obligation de prendre "dûment en considération" au titre du paragraphe 8 de l'article 6, devrait être considérée à la lumière de l'obligation du paragraphe 9 de l'article 6 de "communiquer au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée" » (décision du 18 décembre 2009 relative à la communication n° ACCC/C/2008/24 (Espagne) ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1, § 99-100, en ligne : https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-26/ece_mp_pp_c.1_2009_8_add.1_f.pdf).

75. Décision du 18 décembre 2009 relative à la communication n° ACCC/C/2008/24 (Espagne) ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1, § 100.

76. Cette obligation de prise en considération a été ajoutée par l'article 1^{er} de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement. L'article L. 110-1, II, 5° du Code de l'environnement définit le principe de participation de la façon suivante : « Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente ». À cela s'ajoute l'article L. 123-1 du Code de l'environnement selon lequel « [l]es observations et propositions parvenues pendant le délai de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision ».

B. Des progrès inaboutis dans la nouvelle génération de textes relatifs à la participation du public

Depuis 2010, une nouvelle forme de participation du public a été mise en place. Il s'agit d'une procédure de consultation ouverte en ligne et permettant au public de faire des observations sur certains projets de textes. D'abord appliquée en matière d'actes réglementaires⁷⁷, cette procédure a ensuite été étendue aux décisions individuelles⁷⁸. Dans les deux cas, il s'agit d'une procédure supplétive qui intervient lorsqu'aucune autre procédure de participation n'est imposée par les textes. Néanmoins, selon les cas, les garanties offertes au public en ce qui concerne les suites de la participation sont différentes. Pour les décisions réglementaires et d'espèce, l'article 123-19-1 du Code de l'environnement dispose qu'

Au plus tard à la date de la publication de la décision et pendant une durée minimale de trois mois, l'autorité administrative qui a pris la décision rend publics, par voie électronique, la synthèse des observations et propositions du public avec l'indication de celles dont il a été tenu compte, les observations et propositions déposées par voie électronique ainsi que, dans un document séparé, les motifs de la décision⁷⁹.

L'autorité administrative doit donc synthétiser les commentaires du public, indiquer ceux dont il a été tenu compte et rendre public les motifs de la décision. En revanche, pour les décisions individuelles, aucune de ces obligations ne figure à l'article L. 123-19-2 du Code de l'environnement⁸⁰.

Il reste que, si on se concentre sur le régime des décisions réglementaires, cette procédure de participation est celle qui, en droit français, est la plus proche de l'idéal d'une obligation de réponse aux commentaires du public⁸¹. Il est donc intéressant de voir comment ces dispositions se traduisent en pratique en examinant certains cas dans lesquels elle a été appliquée. Le premier cas concerne l'adoption d'un plan de gestion de la population d'ours dans les Pyrénées, plan largement soutenu par le public, alors que le second concerne un arrêté relatif à la chasse d'oiseaux à la glu, arrêté très critiqué par le public. Dès lors,

ces deux cas sont suffisamment homogènes en ce qu'ils concernent tous les deux le domaine de la protection de la biodiversité, singulièrement des espèces, mais aussi assez différents en ce que l'avis du public varie entre soutien et opposition au projet d'acte administratif.

En premier lieu, après avoir passé plusieurs années sans qu'aucun plan de gestion de l'ours brun ne soit en vigueur, la France a évité de peu la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne par la Commission européenne en adoptant finalement, en 2018, le « volet "ours brun" de la Stratégie pyrénéenne de valorisation de la biodiversité ». Ce document, qui tient lieu de plan de gestion de l'espèce, a été adopté après une consultation ouverte en ligne au titre de l'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement. Le projet de plan a été mis à disposition du public par voie électronique et le public a pu formuler des observations en ligne.

Dans la synthèse établie par le préfet de la région Occitanie sur cette consultation⁸², il est mentionné que la consultation a donné lieu à 6 277 contributions, dont plus de 95 % en faveur de l'ours et 86 % demandant la réintroduction de nouveaux spécimens⁸³. Ce document de synthèse catégorise les principaux arguments des « pro » et des « anti » ours. Il permet ainsi d'identifier les principales réponses qui auraient pu être attendues de l'administration. Concernant d'une part les observations favorables à l'ours, le public aurait pu attendre de l'État qu'il justifie le faible nombre de réintroductions programmées, celles-ci restant en dessous des préconisations des scientifiques, qu'il expose les mesures de lutte contre le braconnage et qu'il précise comment il entend améliorer la mise en œuvre des mesures de protection des troupeaux. Concernant d'autre part les observations défavorables à l'ours, le public aurait pu attendre de l'État qu'il apporte des justifications sur l'amélioration de l'indemnisation des éleveurs en cas d'attaque de leurs troupeaux et surtout qu'il réponde à deux des arguments récurrents des opposants à l'ours. Le premier concerne la perte de la souche pyrénéenne d'ours brun, laquelle justifierait de ne pas introduire d'ours exogènes, et le second se fonde sur le bon état de conservation de l'espèce à l'échelle européenne pour exonérer la France de ses obligations au titre du droit de l'Union européenne. Or, ces deux

77. Article 244 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

78. Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Voir J. Bétaille, « À propos de quelques réformes récentes portant sur le droit à la participation – Commentaire de la loi du 27 décembre 2012 et de l'ordonnance du 5 août 2013 relatives à la participation du public », in *Les bases nouvelles de la démocratie environnementale*, actes du colloque sous la direction de S. Soumestre et A. Tartinville, Dax, 17 décembre 2013, p. 30-39, en ligne : http://www.side.developpement-durable.gouv.fr/EXPLOITATION/DRPDLO/Infodoc/ged/viewportalpublished.ashx?eid=IFD_FICJOINT_0013172&search=.

79. Article L. 123-19-1, II, al. 7 du Code de l'environnement.

80. Néanmoins ces décisions doivent dans la plupart des cas être motivées au titre du régime général prévu par le CRPA (voir *supra*).

81. Le droit administratif général s'est inspiré de ces procédures mais il n'offre pas de garanties équivalentes en ce qui concerne les suites de la participation du public. Ainsi, l'article L. 131-1 du CRPA dispose seulement que l'administration « veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics ». L'article L. 132-2 dispose quant à lui qu'« 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 ». Il n'y a donc aucune obligation de prendre en considération les résultats, ni de publier les motifs de la décision.

82. Préfet de la région Occitanie, « Principales conclusions de la consultation publique sur le volet "ours brun" de la Stratégie pyrénéenne de valorisation de la biodiversité », Toulouse, 9 mai 2018.

83. Comme c'est désormais d'usage, sur les 6 277 contributions, 5 200 constituaient des réponses types.

arguments peuvent facilement être évincés sur le plan juridique⁸⁴.

L'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement imposant à l'administration de communiquer les motifs de sa décision, il est aisé, en examinant ce document⁸⁵, de savoir si l'administration a, à travers lui, répondu aux commentaires du public. Après y avoir rappelé l'inscription du plan ours brun dans le cadre européen, la fragilité de l'espèce à l'échelle nationale, ainsi que les principales étapes de la concertation, les expertises les plus significatives et les avis consultatifs intervenus entre 2010 et 2017, le document expose, comme l'exige l'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement, en quoi le projet de plan a été modifié « suite à cette consultation ». Parmi ces modifications, on compte deux éléments concrets. La première est la décision prise par le ministre de réintroduire deux ours à l'automne suivant. Néanmoins, cela n'est pas une modification du contenu du plan ours consécutive à la concertation, mais plutôt une décision de mise en œuvre du plan puisque les réintroductions étaient prévues par le projet de plan. Il ne s'agit pas non plus d'une réponse aux arguments des pro-ours mais plutôt d'une manière de leur donner satisfaction. La seconde est l'annonce d'une concertation avec les éleveurs, sur la base d'une mission d'audit, concernant les mesures d'accompagnement et les difficultés économiques du pastoralisme. Là aussi, il ne s'agit pas d'une réponse argumentée à des arguments des anti-ours. Quoi qu'il en soit, les motifs n'ont ici rien à voir avec un « document de réponse ». L'administration ne répond pas point par point aux remarques du public. Il n'y a ici aucune forme d'argumentation en réponse.

En second lieu, la chasse à la glu est un mode de chasse controversé, considéré comme non sélectif, cruel, et contraire au droit de l'Union européenne par les associations de protection de l'environnement. Chaque année, le ministre de l'environnement fixe le nombre de spécimens qu'il est possible de chasser dans cinq départements du Sud-Est de la France. Après que, par le passé, le ministre a omis de soumettre ces arrêtés à la procédure prévue par l'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement⁸⁶, la campagne 2018-2019 a donné lieu à une consultation ouverte en ligne avant d'aboutir à l'adoption des arrêtés ministériels⁸⁷. La consultation, bien que s'étant déroulée

durant la période estivale, a elle aussi rencontré un certain succès puisque 5 667 commentaires ont été reçus⁸⁸, dont une majorité défavorable à ce mode de chasse. La synthèse de la consultation rendue publique par le ministère de l'Environnement est particulièrement décevante. La synthèse des arguments du public proprement dits se résume à huit lignes et le document adopte une vision comptable des commentaires du public, dénombant le nombre des commentaires « pro » et « anti ». Quant aux « motifs de la décision », ceux-ci sont rédigés de manière maladroite et sont suffisamment laconiques pour être reproduits ici en intégralité : « Au vu des 5 667 remarques retenues sur le projet de texte et compte tenu de la proportion d'avis défavorables calculée à 88,6 %, il est proposé que le contenu des projets de texte fasse l'objet de modification ». Il est ainsi inutile d'insister sur le fait que ces motifs ne comprennent en rien des réponses aux commentaires du public.

En revanche, la consultation semble avoir eu un certain impact sur les décisions de l'administration puisque, pour chacun des cinq arrêtés, le nombre de spécimens pouvant être chassés a été revu à la baisse par rapport au niveau initialement proposé⁸⁹. Il reste que le public n'a reçu aucune réponse de la part de l'administration, par exemple sur le caractère non sélectif de cette chasse, sur sa cruauté ou encore sur l'effectivité des contrôles. Certes, la compétence du ministre pour autoriser ce type de chasse est liée⁹⁰, mais on aurait pu s'attendre à ce que l'administration fournisse des éléments de justification. Cela est d'autant plus regrettable que ces mêmes éléments de justification ont ensuite fait défaut au stade contentieux⁹¹, le ministre n'ayant par exemple fourni aucun élément sur le caractère sélectif de ce mode de chasse, alors que c'est là son principal point faible au regard du droit de l'Union européenne. Même si cela n'a pas empêché le Conseil d'État de valider cette technique⁹², il est probable que ce débat resurgisse dans le cadre d'une procédure d'infraction, la Commission européenne ayant été saisie d'une plainte par les associations.

L'examen de l'application de l'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement montre ainsi une situation contrastée. Si le fait d'imposer une synthèse des observations du public et la communication des motifs de la

84. Voir J. Bétaille, *Positive Obligations to Rescue Small Populations. A Country Study on the Management of Brown Bear under the Habitats Directive in France*, projet Claws & Laws, novembre 2017, p. 64-69.

85. Préfet de la région Occitanie, « Motifs de la décision relative au plan d'actions ours brun 2018-2028 », Toulouse, 9 mai 2018.

86. CE, 25 février 2019, *Ligue française de protection des oiseaux*, n° 414849, 415593, 416344 et 416345, concl. J. Burguburu.

87. Arrêtés du 24 septembre 2018 relatifs à l'emploi des gluaux pour la capture des grives et des merles noirs destinés à servir d'appelants, dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Alpes-Maritimes, des Bouches-du-Rhône, du Vaucluse et du Var pour la campagne 2018-2019 (*Journal officiel de la République française*, n° 223, 27 septembre 2018, textes n° 10 et 11).

88. Voir la fiche de synthèse disponible sur le site Internet dédié à cette consultation : http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2018-08-24_fiche_synthese_consultation_public_chasse_tradi_se.pdf.

89. Ainsi, dans les Alpes-Maritimes, le nombre de spécimens passe de 1 000 à 400. Dans les Bouches-du-Rhône, il passe de 15 000 à 11 400. Dans le Var, il passe de 27 000 à 12 200. Dans le Vaucluse, il passe de 30 000 à 15 600 et dans les Alpes-de-Haute-Provence, il passe de 5 000 à 2 900.

90. Article L. 424-4 du Code de l'environnement.

91. S'agissant d'un recours dirigé contre l'arrêté du 17 août 1989 relatif à l'emploi des gluaux pour la capture des grives et des merles destinés à servir d'appelants, lequel fixe le cadre dans lequel interviennent les arrêtés soumis à la consultation.

92. Voir J. Bétaille, « Chasse à la glu : la tradition l'emporte sur la jurisprudence de la Cour de justice », note sur CE, 28 décembre 2018, *Ligue française de protection des oiseaux*, n° 419063, *L'actualité juridique. Droit administratif*, p. 1172 sq.

décision marque un pas vers une forme de réponse aux commentaires du public, cela reste insuffisant en pratique pour obtenir de l'administration qu'elle justifie davantage ses décisions en répondant aux arguments développés par le public. L'exemple de la chasse à la glu montre d'ailleurs l'intérêt de l'obligation de répondre aux commentaires du public. Celui-ci dépasse celui que nous avons initialement envisagé, à savoir une meilleure articulation de la représentation et de la participation. En effet, si l'administration avait, dès le stade de la consultation du public, été obligée de répondre à l'argument de la non-sélectivité, alors elle aurait peut-être commandé les études scientifiques qui font encore aujourd'hui défaut pour apprécier cet élément, notamment dans la perspective d'un meilleur respect du droit de l'Union européenne.

En conclusion, la situation actuelle semble laisser perdurer l'absence de justification de bon nombre de ses décisions par l'administration. D'un côté, l'obligation de motivation issue du CRPA a un champ d'application limité et demeure

en partie formelle. De l'autre, l'administration pratique de plus en plus la communication publique, notamment sur les réseaux sociaux. Entre les deux, le public se voit offrir de multiples possibilités de participer mais ses arguments restent quasiment systématiquement sans réponse.

Sur un plan plus juridique, alors même que les prémices de l'obligation de répondre aux commentaires du public sont réels, en particulier dans la convention d'Aarhus mais aussi dans l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, l'interprétation du Conseil d'État a d'ores et déjà vidé de son potentiel l'obligation de publier les motifs des décisions réglementaires. Pourtant, il y avait ici une base intéressante pour en déduire une obligation de réponse. Dès lors, si l'on souhaitait améliorer le caractère délibératif des procédures administratives ainsi que la prise en considération des résultats de la participation, il serait nécessaire que le législateur formule explicitement, dans l'ensemble des textes relatifs à la participation, une véritable obligation, à la charge de l'administration, de répondre aux commentaires du public.