

La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral

Étudier la place de la volonté générale en droit administratif, et plus particulièrement dans ce qui constitue la manifestation la plus remarquable du pouvoir normatif de l'administration, l'adoption d'actes administratifs unilatéraux, peut apparaître comme une gageure. Cette étude semble, à première vue, totalement étrangère aux préoccupations des administrativistes, l'occurrence « volonté générale » n'apparaissant dans aucun index parmi les ouvrages fondamentaux consacrés à la matière¹. Est-ce à dire qu'on soit en présence d'un sujet introuvable ? Non, assurément. Il est même très largement présent dans le régime de l'acte administratif unilatéral, mais d'une manière « cachée ».

La raison en vient probablement de ce que, dans la conception classique, l'administration n'a nulle vocation à forger la volonté générale. Dans la tripartition classique des pouvoirs, cette fonction est réservée au législateur, ce qu'illustre aujourd'hui encore la célèbre formule de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « la loi est l'expression de la volonté générale » : à lui, représentant du peuple souverain et désigné par lui – dans un système représentatif – ou formé par le peuple lui-même – dans un système de démocratie directe – d'exprimer la volonté collective. L'exécutif, dont fait partie l'administration, est simplement subordonné au législateur, dont il se borne à exécuter la volonté : cela ressort de manière particulièrement nette de la définition courante de la fonction administrative, qui est la mise en œuvre quotidienne des lois². On se souviendra d'ailleurs qu'en 1789, le rôle de l'administration a été réduit à la mise en œuvre des lois par la voie de proclamations appelant à leur exécution et par la prise d'actes individuels : il fallut attendre la constitution du 22 frimaire an VIII pour que soit

¹ Si l'on considère que le *Traité de droit constitutionnel* de L. Duguit (Boccard, 3^e éd., 1927) n'est pas spécifiquement un ouvrage de droit administratif. Au demeurant, il montre que la volonté générale – plus précisément la volonté nationale, mais on peut étendre sa réflexion à toute forme de volonté générale – n'est qu'une fiction et n'étudie donc pas les rapports entre celle-ci et l'acte administratif unilatéral (tome 2, pp. 13-14).

² P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 7^e éd., 2012, p. 12.

reconnue l'existence d'un pouvoir réglementaire³, envisagé à l'époque comme limité à la simple adoption de règles complémentaires à celles figurant dans la loi. Mais, à ce simple titre, les rapports entre acte administratif unilatéral et volonté générale méritent l'intérêt : ils constituent la partie essentielle – même encore aujourd'hui – de ce que l'on nomme le principe de légalité ou, plus volontiers aujourd'hui, de juridicité – mais son nom initial est on ne peut plus révélateur.

On doit par ailleurs tenir compte de l'évolution historique depuis la formulation de cette conception classique, qui apparaît aujourd'hui datée.

La première raison provient de la montée en puissance de la Constitution. Celle-ci exprime au premier chef la volonté générale, puisqu'émanant directement du souverain. Il a toutefois fallu attendre 1985 pour voir énoncer par le Conseil constitutionnel que « la loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴. La volonté générale exprimée par le législateur se trouve donc subordonnée à celle exprimée par le constituant – laquelle, il est vrai, est assez avare en termes de règles de fond, même si elle consacre au premier chef les droits et libertés fondamentaux.

La subordination de la volonté générale exprimée par le législateur à la Constitution a contribué à la banaliser, en mettant fin à une conception légicentriste de l'ordre juridique.

La seconde raison vient de l'accroissement du rôle de l'administration dans l'élaboration des normes.

L'existence d'un domaine illimité de la loi n'a guère montré son efficacité et un pouvoir réglementaire autonome reconnu à l'administration, d'abord en ce qui concerne son organisation interne⁵ – ce qui ne regarde guère l'expression de la volonté générale – puis au-delà avec le pouvoir réglementaire de police⁶ et le pouvoir de « législation coloniale »⁷ puis, surtout, l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Parallèlement, il a été admis dès le début du XX^e siècle que le législateur puisse déléguer ses compétences au pouvoir exécutif et donc, semble-t-il, son pouvoir de définir la volonté générale. L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait que codifier la pratique antérieure des « décrets-lois ».

³ M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit, 1991.

⁴ C. Const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *Rec. 70*, *Rev. adm.* 1985, p. 572, note R. Etien.

⁵ CE, 4 mai 1906, Babin, *Rec. 362*, concl. J. Romieu, *S. 1908*, 3, p. 110, concl.

⁶ CE, 8 août 1919, Labonne, *Rec. 737*.

⁷ Sénatus-consulte du 3 mai 1854.

Ainsi, la subordination de l'exécutif au législateur, sous-jacente dans un système légicentriste, disparaît : l'exécutif et l'administration qui en dépend sont, comme le Parlement, des organes institués par la Constitution et dotés d'une légitimité équivalente au regard de celle-ci pour effectuer les tâches qui leur incombent et, notamment, exprimer la volonté générale.

Il en résulte que le rôle de l'administration dans l'expression de la volonté générale s'est accru.

Cela n'est pas sans poser un problème de légitimité démocratique. L'acte administratif n'a en effet pas été conçu comme un acte délibératif, mais comme un acte de nature technique, voire technocratique, élaboré non par des représentants de la communauté, mais par de simples agents d'exécution. La « légitimité technique » de l'administration, tant qu'elle se borne à l'exécution pure et simple de la volonté du législateur, n'a pas vocation à entrer en conflit avec elle ou à s'y substituer, et ne pose donc pas de problème démocratique majeur. Il en va différemment si on lui reconnaît le pouvoir de s'en affranchir.

Certes, le procédé électif n'est pas complètement étranger à l'organisation administrative. Un certain nombre d'organes administratifs, élus, disposent d'une légitimité démocratique leur permettant d'exprimer la volonté de la communauté qu'ils administrent : ce sont des organes à la fois politiques et techniques⁸. Tel n'est pas, il est vrai, le cas le plus fréquent. Mais les procédés tendant à associer la population à l'exercice du pouvoir administratif se développent et confortent ainsi la légitimité démocratique de la décision : la « démocratie administrative » participe ainsi de l'expression de la volonté générale par l'acte administratif unilatéral. De là à dire qu'elle constitue un procédé suffisant, il existe un pas qu'on se gardera bien de franchir...

I. Le pouvoir de formulation de la volonté générale par l'acte administratif unilatéral

L'acte administratif unilatéral se borne traditionnellement à la mise en œuvre de la volonté générale exprimée par le législateur, le respect de cette expression étant garanti par sa soumission au principe de légalité. Néanmoins, il ne se limite pas – et se limite de moins en moins – à cette fonction.

⁸ C. Const., décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales, *Rec.* 66, *AJDA* 1983, p. 74, note J. Boulouis, *D.* 1984, J, p. 69, note L. Hamon.

A) La soumission de l'acte administratif unilatéral au principe de légalité

L'acte administratif unilatéral est soumis à la loi, et même prioritairement à celle-ci par rapport à la constitution.

1. La soumission de l'acte administratif unilatéral à la loi

Dès avant qu'ait été théorisée la hiérarchie des normes, avait été posée la soumission de l'administration au législateur et, partant, celle de ses actes à la loi, qu'ils soient pris pour l'application de cette dernière ou en application de cette dernière⁹.

Ainsi, le pouvoir réglementaire, une fois reconnu, a longtemps été réduit à un pouvoir d'application de la loi, c'est-à-dire d'édiction de règles complémentaires et supplétives à celles contenues de la loi, et dans le strict respect de celle-ci. Le principe même de l'intervention du pouvoir réglementaire d'application n'a pas été laissé à l'appréciation de celui-ci. S'il n'est pas fondé sur la loi elle-même, mais sur la Constitution¹⁰ – peu important donc que la loi mentionne ou non la nécessité d'un futur règlement d'application – son intervention est nécessaire dès lors que la loi n'est pas suffisamment précise pour s'appliquer par elle-même, précision qui dépend, évidemment, de la volonté du législateur, sous la réserve d'une censure par le Conseil constitutionnel de son incompétence négative¹¹. Dès lors que son intervention est nécessaire, elle constitue pour le pouvoir réglementaire une obligation¹².

Par ailleurs, s'il est vrai que tous les actes administratifs ne sont pas pris en application d'une loi, le silence de celle-ci est censé équivaloir à une totale liberté laissée à l'autorité administrative : celle-ci respecte donc, toujours, la volonté générale...

La soumission de l'acte administratif à la loi est toute entière garantie par le recours contentieux ouvert devant le juge administratif.

⁹ Pour reprendre la distinction de J.-C. Vénézia (« Les mesures d'application », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 673).

¹⁰ CE, sect., 27 janvier 1961, Daunizeau, *Rec.* 57 (qui le fonde sur l'article 21 de la Constitution) ; C. Const., décision n° 76-94 L, 2 décembre 1976, Code électoral, *Rec.* 67 (qui le fonde sur l'article 37).

¹¹ C. Const., décision n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du service public, *Rec.* 49.

¹² CE, sect., 13 juillet 1951, Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF, *Rec.* 403.

Parmi les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, l'un est d'ailleurs nommé violation de la loi : il désigne la méconnaissance par le contenu de l'acte administratif du contenu de l'acte supérieur, c'est-à-dire de la loi.

Néanmoins, tous les autres cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir sont susceptibles de concerner la violation de la loi. Il en va ainsi des moyens de légalité externe : tant les règles de compétence que celles de forme et de procédure peuvent être fixées par la loi. De même, l'erreur de droit concerne, soit le défaut de base légale de l'acte – c'est-à-dire l'absence de texte – le plus souvent de loi – de nature à fonder la décision, soit la mauvaise interprétation de la loi consistant à prêter au texte servant de fondement à l'acte des conséquences qu'il n'avait pas. Le détournement de pouvoir consiste en l'utilisation par l'administration de ses pouvoirs dans un but autre que celui qui leur est assigné par la loi. Même l'erreur de fait est susceptible de se rapporter à la violation de la loi lorsqu'elle porte sur une erreur relative aux motifs de fait de l'acte : les faits de l'espèce ne sont alors pas de nature à justifier la mesure que la loi permettait, *in abstracto*, à l'administration de prendre.

Il n'est d'ailleurs pas innocent que la soumission de l'administration au droit ait été nommée principe de légalité : essentiellement, c'est à la loi, donc à la volonté générale, que l'administration se soumet.

2. La primauté de la volonté générale exprimée par le législateur sur celle exprimée par le constituant

L'incise ajoutée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 août 1985 n'a trouvé aucun écho auprès du Conseil d'État, pour qui la loi exprime la volonté générale, même dans le non-respect de la Constitution. Dès le XIX^e siècle, en effet, la juridiction administrative a affirmé son incompétence pour connaître de la constitutionnalité des lois, fût-ce par voie d'exception¹³. Il a ainsi développé la fameuse théorie de l'écran législatif, sans cesse réaffirmée avec une constance qui, n'en déplaise au Huron venu visiter le Palais-Royal¹⁴, ferait plutôt passer le Conseil d'État pour le dernier des Mohicans... Encore qu'il ne soit pas seul à résister, envers et contre tout, à l'envahisseur, puisque la Cour de cassation partage sa position.

¹³ Position affirmée solennellement par : CE, sect., 6 novembre 1936, Arrighi, *Rec.* 966, *D.* 1938, 3, p. 1, concl. R. Latournerie, note C. Eisenmann, *RDP* 1937, concl., *S.* 1937, 3, p. 33, concl., note A. Mestre.

¹⁴ J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron. p. 37.

La théorie de l'écran législatif n'a reçu d'explication qu'en 2005, lorsque le Conseil d'État l'a justifié par l'existence et la compétence du Conseil constitutionnel¹⁵. Cette explication constitue, révérence gardée pour la Haute juridiction, un chef d'œuvre de mauvaise foi, consistant à revisiter le passé et à expliquer une théorie vieille de plus d'un siècle par l'existence d'une institution créée en 1958, et nullement chargée à l'époque, au demeurant, de pratiquer un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception !

L'écran législatif est surtout la manifestation exacerbée du légicentrisme du Conseil d'État. Ce dernier a, certes, posé quelques assouplissements à la théorie de l'écran législatif, mais elles ne remettent pas en cause son soubassement théorique. Ainsi, la théorie de l'écran transparent eût été mieux nommée absence d'écran ou écran partiel, la loi ne faisant écran que pour ce qu'elle contient : pour ramener le propos à notre sujet, il n'est pas question d'imposer à l'autorité administrative le respect d'une volonté générale que n'a pas formulée le législateur¹⁶. De même, la compétence du juge administratif pour constater l'abrogation implicite d'une loi par une disposition constitutionnelle¹⁷ ne saurait s'analyser comme une subordination de la volonté du législateur à celle du constituant : quoique fondée sur l'incompatibilité entre les deux textes – qui au demeurant ne saurait se confondre avec la conformité de la loi à la constitution, une loi pouvant fort bien être compatible avec la Constitution sans être nécessairement conforme à celle-ci¹⁸, elle est dépourvue de tout fondement hiérarchique. Si la constitution prime, ce n'est pas parce qu'elle est supérieure, mais parce qu'elle est postérieure. La preuve en est que le juge raisonne identiquement pour l'abrogation implicite d'une loi par une loi postérieure¹⁹. Il s'agit donc pour lui de concilier deux volontés générales successives.

Certes, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et sa loi organique d'application du 10 décembre 2009 ont changé la donne avec l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité. Si cette dernière ne donne pas au juge administratif le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, elle lui permet tout de même d'exprimer un

¹⁵ CE, 5 janvier 2005, Mlle Deprez et Baillard, *Rec.* 1, *AJDA* 2005, p. 845, note L. Burgorgue-Larsen, *JCP A* 2005, n° 1168, note M.-C. Rouault, n° 1575, concl. D. Chauvaux.

¹⁶ CE, ass., 16 décembre 1988, Bléton, *Rec.* 451.

¹⁷ CE, ass., 16 décembre 2005, Ministre des affaires sociales c/Syndicat national des huissiers de justice, *Rec.* 570, chron. J.-H. Stahl, *AJDA* 2006, p. 357, chron. C. Landais et F. Lenica, *Dr. adm.* 2006, n° 61, obs. O. Guillaumont, *LPA* 25 avril 2006, p. 10, note A. Claeys, *RFDA* 2006, p. 41, concl.

¹⁸ Ainsi, le Conseil d'État peut sans contradiction affirmer d'une même loi qu'elle n'a pas été implicitement abrogée par une disposition constitutionnelle postérieure (CE, 27 juillet 2009, Compagnie agricole de la Crau, *Rec. tables* 602, *RFDA* 2009, p. 1263, concl. E. Glaser) et qu'elle soulève une question sérieuse de constitutionnalité (CE, 15 juillet 2010, Compagnie agricole de la Crau, *RFDA* 2011, p. 353, note G. Eveillard).

¹⁹ CE, sect., 23 novembre 2005, Mme Baux, *Rec.* 519, *AJDA* 2006, p. 357, chron. C. Landais et F. Lenica, *RFDA* 2006, p. 32, concl. R. Keller.

doute sérieux sur cette constitutionnalité et même la constitutionnalité manifeste de la loi. Néanmoins, elle ne constitue qu'une procédure particulière qui ne donne au juge administratif aucune compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois ou simplement la mettre en cause en dehors du cadre et de la procédure mise en place par la constitution et sa loi organique²⁰ : l'écran législatif survit donc.

Pour l'administration, la volonté générale reste par conséquent, à titre essentiel, celle du législateur. « Essentiel » ne signifie pas pour autant « exclusif », car il n'en va pas toujours ainsi.

B) Les limites à l'expression dérivée de la volonté générale par l'acte administratif unilatéral

L'administration reçoit compétence pour déterminer la volonté générale en dehors de la loi, ou dans un cadre très général défini par la loi. Dans ce cadre, la volonté du législateur n'est d'ailleurs pas la seule à laquelle l'administration soit soumise.

1. La formulation de la volonté générale hors de la volonté du législateur

En premier lieu, l'article 37 de la constitution de 1958 a reconnu l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome – qui n'existait auparavant que dans des cas très ponctuels²¹. Ce pouvoir intervient à la place de la loi dans un certain nombre de matières ou l'intervention du législateur n'est pas requise.

Sauf à admettre que, dans ces matières, la volonté générale ne s'exprime pas, c'est bien au pouvoir réglementaire autonome qu'il revient de procéder à sa définition, sur habilitation de la constitution, dans le respect de cette dernière, mais aussi, il est vrai, de la loi lorsque celle-ci, sortant de son domaine de compétence, est déjà intervenue sur la question.

En juger autrement reviendrait à porter une curieuse appréciation sur le mécanisme de protection du domaine du règlement autonome mis en place par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution : la disposition législative empiétant sur le domaine du règlement autonome exprimerait la volonté générale jusqu'à ce qu'elle ait été déclassée par le Conseil constitutionnel, et ensuite ne l'exprimerait plus, ce qui permettrait au pouvoir réglementaire de la modifier... Ce serait faire abstraction de ce que, même si l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vise l'acte – la loi – et non son

²⁰ CE, sect., 10 novembre 2010, Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes, *Rec.* 429, *AJDA* 2010, p. 2416, chron. D. Botteghi et A. Lallet, *JCP A* 2010, act. 856, obs. L. Erstein, *JCP* 2011, n° 131, § 2, chron. G. Eveillard).

²¹ Voir *supra*.

auteur – le législateur, la légitimité de la loi procède de celle de son auteur, quand bien même il sortirait de son domaine d'action – ce qui explique aussi, sans doute, que le Conseil constitutionnel n'ait pas osé déclarer inconstitutionnelle une loi sortant de son domaine de compétence²².

L'article 37 alinéa 2 vise en réalité à faire coexister deux modes d'expression de la volonté générale, s'exprimant chacun dans un domaine qui lui est propre.

En deuxième lieu, le législateur peut habiliter l'exécutif à définir la volonté générale dans les domaines relevant de la loi : la procédure de délégation de l'article 38 de la Constitution conduit à la prise d'ordonnances qui sont des actes administratifs unilatéraux tant que le législateur ne les aura pas ratifiées²³. On pourra, certes, objecter que ce dernier détermine dans la loi d'habilitation l'objet des ordonnances, donc le sens de la volonté générale qu'elles vont poursuivre²⁴. Mais c'est faire abstraction de ce que cet objet lui est nécessairement proposé par l'exécutif – la loi d'habilitation résultant nécessairement d'un projet de loi – qu'il est fort général et enfin de ce que le gouvernement n'est nullement tenu d'utiliser l'habilitation.

En troisième lieu, la loi se borne souvent à fixer un cadre très général d'action à l'administration, qui l'habilite à déterminer, sous le contrôle du juge, l'intérêt général. On ne saurait évidemment tenir pour synonymes les notions d'intérêt général et de volonté générale, mais elles sont du même ressort. La collectivité est en effet censée vouloir ce qui correspond à son intérêt, et il est en principe de la compétence de la même autorité de définir les deux – c'est par exemple le cas du législateur. Habilitée à définir l'intérêt général, l'administration l'est donc à décider pour prendre les mesures, réglementaires ou non, nécessaires à la satisfaction de cet intérêt général. Cette habilitation lui est, d'ailleurs, conférée par la Constitution elle-même plutôt que par la loi, puisqu'il s'agit d'une prérogative inhérente au pouvoir d'administrer : la loi se borne à déterminer l'autorité compétente et à fixer les quelques règles et principes que celle-ci ne devra pas méconnaître dans l'exercice de sa compétence. On peut, à l'infini, varier les exemples : missions de police administrative – l'intérêt général s'incarnant ici sous la forme plus restrictive de l'ordre public – les missions de travaux publics, la gestion des divers services publics administratifs ou industriels et commerciaux...

²² C. Const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix et des revenus, *Rec.* 57, *D.* 1984, IR, p. 473, obs. L. Hamon, *Rev. adm.* 1983, p. 247 et p. 360, note M. de Villiers.

²³ CE, ass., 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, *Rec.* 658, *AJDA* 1962, p. 114, note J. T., *D.* 1962, J, p. 424, note M. Fromont, *S.* 1963, p. 59, note L. Hamon.

²⁴ C. Const., décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, Circonscriptions électorales du Territoire français des Afars et des Issas, *Rec.* 31, *AJDA* 1977, p. 258, note J.-P. Lebreton, *D.* 1979, J, p. 181, note L. Hamon, *RDP* 1977, p. 468, comm. L. Favoreu et L. Philip.

En quatrième lieu, le pouvoir réglementaire d'application des lois n'est lui-même pas soumis aussi étroitement à la loi que les apparences peuvent le laisser supposer. Le règlement d'application ajoute, nécessairement, à la loi, sans quoi son intervention ne serait pas nécessaire : on peut donc, à son propos, parler de l'expression d'une volonté générale complémentaire. Certes, il doit le faire en conformité avec la loi : mais celle-ci lui laisse une certaine latitude, variable selon qu'elle fixe les règles ou qu'elle détermine les principes fondamentaux – pour reprendre les formules de l'article 34 de la Constitution.

Cette latitude peut même être assez importante. Il a ainsi été admis que le pouvoir réglementaire d'application puisse étendre le champ d'application d'une loi soumettant une activité économique à des activités connexes²⁵ ou voisines²⁶, rajouter des conditions à l'exercice d'une activité réglementée par la loi²⁷, ou encore étendre le champ d'application d'une législation relative aux élections aux référendums²⁸. Tout cela relève d'une appréciation particulièrement extensive de la volonté du législateur.

Il a même été admis, dans un cas certes particulier, que le pouvoir réglementaire puisse, pour des motifs d'intérêt général suspendre l'application d'une disposition législative dont la lecture des autres dispositions de la loi permettait d'inférer qu'elle s'inscrivait dans l'objet général de cette loi, objet général que la continuation de l'application de la disposition en cause n'aurait plus permis d'atteindre²⁹.

Enfin, le pouvoir réglementaire n'est nullement tenu par les délais d'action prévus par la loi, qui sont purement indicatifs³⁰ : il détermine lui-même ce délai, sous réserve qu'il soit raisonnable et sous le contrôle *in concreto* du juge³¹ – contrôle au demeurant purement platonique jusqu'à l'attribution d'un pouvoir d'injonction au juge administratif par la loi du 8 février 1995³².

²⁵ CE, ass., 13 mai 1983, SA René Moline, *Rec.* 191, *AJDA* 1983, p. 624, note M. Bazex, *Rev. adm.* 1983, p. 578, note B. Pacteau.

²⁶ Par exemple réglementer la distribution des produits pétroliers au titre de son pouvoir d'exécution d'une loi relative à l'importation de ces produits : CE, ass., 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre, *Rec.* 344, *RDP* 1964, p. 1019, concl. N. Questiaux).

²⁷ CE, ass., 7 juillet 2004, Ministre de l'Intérieur c/Benkerrou, *Rec.* 297, *AJDA* 2004, p. 1695, chron. C. Landais et F. Lenica, *RFDA* 2004, p. 913, concl. M. Guyomar.

²⁸ CE, ass., 10 septembre 1992, Meyet, *Rec.* 327, concl. D. Kessler, *AJDA* 1992, p. 643, chron. C. Maugué et R. Schwartz, *D.* 1993, J, p. 293, note O. Gohin, *JCP* 1993, I, n° 3645, § 6, chron. E. Picard, *LPA* 21 octobre 1992, p. 11, note T. Celerier, *RDP* 1992, p. 799, concl., note A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, *RFDA* 1993, p. 55, note D. Pouyaud.

²⁹ TA Paris, 23 mars 1960, dlle Sausseau, *Rec.* 767.

³⁰ CE, ass., 23 octobre 1992, Diemert, *Rec.* 374, *AJDA* 1992, p. 785, chron. C. Maugué et R. Schwartz, *D.* 1992, J, p. 511, note H. Legal, *LPA* 4 novembre 1992, p. 4, note J. Massot.

³¹ CE, 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, *Rec.* 475, *D.* 1963, J, p. 606, note J.-M. Auby.

³² Le juge administratif ne pouvant évidemment annuler un règlement d'application survenu hors du délai raisonnable, mais seulement le refus de prendre un tel règlement – sans garantie concrète qu'il serait pris.

On rappellera enfin, à titre terminal, le pouvoir dont dispose l'administration de suspendre l'application des lois en cas de circonstances exceptionnelles³³, à condition que cette atteinte à la légalité soit proportionnée aux circonstances.

2. La soumission de l'acte administratif unilatéral à d'autres volontés que celle du législateur

L'acte administratif unilatéral est tout d'abord subordonné, sous réserve de la théorie de l'écran législatif, à la volonté du constituant³⁴, ce qui la place dans une situation semblable à celle du législateur.

Il l'est également à la volonté générale exprimée par les conventions internationales et par le droit de l'Union européenne. Il doit même la privilégier à celle exprimée par le législateur, comme le prévoit l'article 55 de la Constitution et comme le lui impose le Conseil d'État depuis le célèbre arrêt « Nicolo »³⁵. C'est ainsi, pour s'en tenir au pouvoir réglementaire, que celui-ci est dispensé de son obligation de respect des lois et se voit même interdire de prendre les règlements d'application de lois inconventionnelles³⁶ et imposer de prendre les règlements autonomes nécessaires à la mise en œuvre des conventions internationales et du droit de l'Union européenne sans considération d'éventuelles dispositions législatives contraires³⁷.

Il l'est, enfin, aux principes généraux du droit dégagés par le juge – essentiellement le juge administratif. On eût pu penser que le silence de la loi valait – dans le respect de la constitution, des conventions internationales et du droit de l'Union européenne – liberté laissée à l'administration. Tel n'est pas le cas, le juge administratif ayant réalisé une extension de la légalité en dégagant des principes généraux dont il

³³ CE, 28 juin 1918, Heyriès, *Rec.* 651, *S.* 1922, 3, p. 49, note M. Hauriou.

³⁴ CE, ass., 11 juillet 1956, Amicale des annamites de Paris, *Rec.* 317, *AJDA* 1956, II, p. 400, chron. J. Fournier et G. Braibant ; CE, sect., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *Rec.* 394, *AJDA* 1959, I, p. 153, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert, *D.* 1959, J, p. 541, note J. L'Huillier, *Rev. adm.* 1959, p. 381, note J. Georgel, *RDP* 1959, p. 1004, concl. J. Fournier, *S.* 1959, p. 202, note R. Drago.

³⁵ CE, ass., 20 décembre 1989, Nicolo, *Rec.* 190, concl. P. Frydman, *AJDA* 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, *D.* 1990, J, p. 135, note P. Sabourin, *RFDA* 1990, p. 812, concl., note B. Genevois, p. 993, note L. Favoreu.

³⁶ CE, 24 février 1999, Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique, *Rec.* 29, *AJDA* 1999, p. 823, note R. Ricci, *Dr. adm.* 1999, comm. 227, note J.-C. B.

³⁷ CE, sect., 3 décembre 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, *Rec.* 379, concl. F. Lamy, *AJDA* 2000, p. 120, chron. M. Guyomar et P. Collin, *D.* 2000, p. 272, note G. Toulemonde, *RDP* 2000, p. 289, note P. Cassia et E. Saulnier, *RFDA* 2000, p. 59, concl., p. 409, note L. Dubouis, p. 664, notes L. Favoreu, B. G., D. de Béchillon et G. Carcassonne.

impose le respect à l'administration. S'il est admis que la loi puisse y déroger³⁸, il n'en reste pas moins que celle-ci est interprétée à la lumière des principes généraux du droit³⁹. Le juge s'érige donc en autorité compétente pour exprimer une forme de volonté générale, même s'il inspire fréquemment de textes constitutionnels, législatifs ou réglementaires, mais dont il infère des conséquences que les auteurs de ces textes n'avaient pas nécessairement entendu leur prêter⁴⁰.

N'étant donc pas uniquement chargé de mettre en œuvre la volonté générale exprimée par le législateur, l'acte administratif unilatéral peut, dans une certaine mesure, exprimer une volonté générale qui lui est propre. Cela conduit à s'interroger sur le fondement et la légitimité de cette possibilité.

II. La légitimité de l'autorité administrative à énoncer la volonté générale

Le premier fondement de la possibilité pour l'acte administratif unilatéral d'exprimer une volonté générale qui lui soit propre – fût-elle simplement complémentaire de celle exprimée par le législateur – réside dans l'habilitation que conférerait la Constitution à l'administration. Le problème est que la Constitution, si elle confère évidemment une mission à l'administration – administrer – ne lui attribue nullement le pouvoir d'exprimer la volonté générale, si ce n'est de manière très indirecte en dispensant certaines matières de l'intervention du législateur ou en autorisant ce dernier à déléguer au pouvoir exécutif la compétence pour énoncer la volonté générale. Ces cas de figure sont, on l'a vu, loin de recouvrir la totalité des hypothèses dans lesquelles l'acte administratif unilatéral peut exprimer la volonté générale. L'explication du pouvoir des autorités administratives de formuler la volonté générale peut donc avoir deux explications, plus générales : tout d'abord de ce qu'elles peuvent elles-aussi être considérées comme représentatives, ensuite de ce que la population peut participer à l'adoption des actes administratifs unilatéraux, quand elle ne les adopte pas elle-même directement.

³⁸ C. Const., décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Protection des sites, *Rec. 27, JCP 1969, I, n° 2290 bis*, note M. Voisset.

³⁹ Pour un exemple : CE, ass., 24 mars 2006, Société KPMG, *Rec. 154, AJDA, 2006, p. 841*, point de vue B. Mathieu, p. 897, point de vue F. Melleray, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica, *JCP A, 2006, n° 1120*, note J.-M. Belorgey, *RFDA, 2006, p. 463*, concl. Y. Aguila, p. 483, note F. Moderne, *RDJ, 2006, p. 1169*, note J.-P. Camby.

⁴⁰ CE, ass., 8 juin 1973, dame Peynet, *Rec. 406*, concl. S. Grévisse, *AJDA 1973, p. 587*, chron. D. Léger et M. Boyon, *JCP 1975, II, n° 17 957*, note Y. Saint-Jours (extension aux agents publics, par voie de principe général du droit, d'une disposition du Code du travail applicable aux seuls salariés de droit privé).

A) L'expression de la volonté générale par un organe représentatif

Dans un système démocratique, pour pouvoir exprimer la volonté générale, il faut disposer d'un mandat à le faire, c'est-à-dire d'une légitimité démocratique. Or, la légitimité démocratique n'est pas la caractéristique première des institutions démocratiques, même si elles sont loin d'en être dépourvues : il existe en effet des autorités administratives élues, mais elles sont une minorité et l'existence d'organes administratifs censés représenter les administrés ne saurait en rien atténuer ce déficit démocratique.

1. L'existence d'autorités administratives élues

La Révolution avait certes mis en place l'élection des administrateurs – à une époque où, paradoxalement, elle ne leur confiait que des compétences de pure exécution. Mais l'élection n'a guère duré. Il existe cependant aujourd'hui, un certain nombre d'organes administratifs élus.

Tel est le cas, pour l'État, du président de la République. Son élection au suffrage universel direct lui donne même, sous la V^e République, une légitimité équivalente à celle du Parlement pour exprimer la volonté générale. Il est vrai toutefois que son pouvoir administratif reste marginal – en l'occurrence l'exercice du pouvoir réglementaire en Conseil des ministres et un certain nombre de nominations⁴¹.

Tel est, encore plus visiblement, le cas pour les organes des collectivités locales. Ces dernières sont dotées – la Constitution l'impose⁴² – d'organes délibérants élus au suffrage universel direct. Quant à leur exécutif, si la Constitution ne l'impose pas, la loi prévoit son élection par les membres de l'assemblée délibérante.

Il en va de même pour les établissements publics de coopération qui, pour n'être pas des collectivités locales, disposent d'un organe délibérant composé de conseillers municipaux des communes membres, élus par leur assemblée – avant qu'à partir de 2014 cet organe délibérant soit élu au suffrage universel direct – et ont un exécutif élu lui-même par l'organe délibération.

Il n'est jusqu'aux établissements publics « corporatifs » – les seuls disposant d'un substrat humain – qui n'aient un organe délibérant élu par la communauté représentée et un exécutif le plus souvent élu par l'organe délibérant. Les universités et les chambres consulaires en sont, sans doute, les meilleurs exemples. Il en va de même pour les personnes privées corporatives chargées de missions de service public, comme les ordres professionnels.

⁴¹ Article 13 de la Constitution.

⁴² Article 72 de la Constitution.

Dans la limite de leur compétence, il n'existe donc aucun obstacle théorique à ce que leur volonté exprime la volonté générale, entendue ici comme la volonté de la communauté humaine administrée par eux.

Le risque est, évidemment, et s'agissant des autorités autres que les autorités nationales à compétence générale, celui d'un démembrement local ou fonctionnel de la volonté générale : le caractère unitaire de l'État et l'évidente subordination des pouvoirs de ces autorités au pouvoir législatif et au pouvoir réglementaire national⁴³ permettent néanmoins de juguler assez aisément ce risque.

2. L'existence majoritaire d'autorités administratives non élues

L'élection, directe ou indirecte, ne constitue pas le mode de désignation de toutes les autorités administratives, loin s'en faut.

Il en va en particulier ainsi pour l'État. Le gouvernement, en particulier, est nommé, à commencer par le Premier ministre, détenteur de principe du pouvoir réglementaire, du pouvoir de police administrative au niveau national et du pouvoir de nomination. C'est également le cas des ministres, autorités administratives suprêmes de leur ministère. Ce l'est encore pour les directeurs d'administrations centrales et les responsables des administrations déconcentrées – notamment les préfets – qui sont nommés par décret en Conseil des ministres. En résumé, l'administration d'État se présente, tout de même, comme un appareil technocratique peu à même d'exprimer la volonté générale.

On peut formuler un constat similaire pour la majorité des établissements publics, excepté les établissements publics « corporatifs » et les établissements publics de coopération intercommunale. Pour les autres – qui peuvent eux-aussi être chargés de missions de réglementation – les organes sont majoritairement, voire exclusivement nommés.

Il en va enfin de même dans ces démembrements de l'État que sont les autorités administratives indépendantes – non personnalisées – et les autorités publiques indépendantes – dotées de la personnalité juridique. Si la fréquente variété des modes de nomination permet de les doter d'un panel de compétences différenciées, rien n'est de nature à leur conférer une légitimité démocratique leur permettant d'exprimer une

⁴³ Ainsi, en l'absence d'habilitation législative du pouvoir réglementaire local à intervenir, le pouvoir réglementaire national n'a nul besoin d'habilitation législative pour intervenir et limiter d'autant le pouvoir réglementaire local (CE, avis, 20 mars 1992, Préfet du Calvados, *Rec.* 123, *AJDA* 1992, p. 293, concl. H. Toutée ; CE, 27 novembre 1992, Fédération Interco-CFDT, *Rec.* 426, *AJDA* 1993, p. 208, note F.-X. Aubry). Même l'habilitation législative expresse du pouvoir réglementaire local n'interdit pas au pouvoir réglementaire national d'intervenir (CE, ass., 2 décembre 1994, Préfet de la région Nord Pas-de-Calais et Commune de Cuers, *Rec.* 360).

quelconque volonté générale, alors même que certaines d'entre elles sont dotées d'un pouvoir réglementaire.

D'où provient donc la légitimité de ces autorités à produire de la volonté générale ?

Une première explication vient de la soumission des autorités administratives nommées à un contrôle de la part des autorités élues. Le gouvernement est – juridiquement au moins – responsable politiquement devant le Parlement et l'est pratiquement devant le chef de l'État. Les administrations d'État sont pour leur part soumises au pouvoir hiérarchique du gouvernement, les chefs d'administrations centrales et déconcentrés constituant même des emplois à la discrétion du gouvernement, librement nommables et révocables. Quant aux établissements publics, ils sont soumis à la tutelle de l'État, souvent assez lourde.

Néanmoins, les autorités administratives et publiques indépendantes échappent, pour leur part, à tout pouvoir hiérarchique et à toute tutelle. Cela peut conforter l'impression d'une technocratie puissante.

Par ailleurs, l'administration est placée sous le contrôle du gouvernement, qui en dispose⁴⁴ et non sous celui du Parlement, dépositaire de la volonté générale. Certes, le gouvernement est lui-même placé sous le contrôle politique du Parlement, mais cette médiation éloigne le contrôle. En pratique, le contrôle parlementaire de l'administration est assez réduit⁴⁵.

Une seconde explication vient de ce que, en tout état de cause, la soumission de l'acte administratif à la loi est garantie par le juge administratif. Ce dernier peut donc sanctionner l'administration s'écartant de la volonté générale exprimée par le législateur : mais cela suppose qu'il en existe une.

De manière générale, il est justifié que le pouvoir des autorités administratives qui sont le plus éloignées du contrôle politique du Parlement soit étroitement encadré : on rappellera à cet égard que l'attribution d'un pouvoir réglementaire à d'autres autorités que le Premier ministre ne puisse résulter que de la loi, et que cette dernière doive, à peine d'incompétence négative, limiter le champ d'application et le contenu du pouvoir réglementaire ainsi conféré⁴⁶. La compétence des organes techniciens se trouve ainsi limitée à ce que doit être leur rôle dans une société démocratique, à savoir l'édition de

⁴⁴ Article 20 de la Constitution.

⁴⁵ Voir sur ce point R. Noguellou, in P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tome 2, pp. 488-493.

⁴⁶ C. Const., décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Liberté de communication, *Rec.* 18, *Rev. adm.* 1989, p. 223, note J.-L. Autin, *RFDA* 1989, p. 215, note B. Genevois ; C. Const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, *Rec.* 99, *AJDA* 1996, p. 694, note O. Schrameck, *LPA* 11 juin 1997, p. 16, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux.

règles techniques étroitement subordonnées à la volonté du législateur. Il ne saurait en effet être question de fonder l'expression de la volonté générale sur une légitimité technique, dont on concevrait plutôt qu'elle s'exprime en amont, pour éclairer le législateur sur les choix à effectuer⁴⁷.

3. La faible légitimité des organes administratifs censément représentatifs des administrés

Il est vrai qu'existent, à côté des organes administratifs décisionnels, d'assez nombreux organismes administratifs consultatifs, dont un certain nombre représentent les intérêts des administrés. Cependant, il est rare qu'ils soient directement désignés par les administrés qu'ils sont censés représenter.

On peut citer à cet égard les commissions consultatives des services publics locaux dont la loi – depuis la loi du 27 février 2002 relative au renforcement de la démocratie (*sic*) locale – impose la présence dans les collectivités locales les plus importantes – régions, départements et communes de plus de 10 000 habitants – et les plus grands établissements publics de coopération intercommunale et syndicats mixtes : elles comprennent des membres de l'organe délibérant de la personne publique ainsi que des représentants d'associations locales – associations d'usagers, notamment –, mais ces derniers sont désignés par l'organe délibérant.

Il en va de même pour les conseils de quartier prévus par la même loi – à titre obligatoire dans les villes de 80 000 habitants et plus et facultatif dans les villes de 20 000 à 79 999 habitants⁴⁸ : leur composition et leur mode de désignation sont arrêtés par le conseil municipal, qui désigne fréquemment des personnalités qu'il juge représentatives du quartier ou les fait tirer au sort parmi les personnes volontaires...

Par ailleurs, ces organismes ont une compétence purement consultative, en réaction ou en proposition, mais leur position ne lie nullement l'autorité administrative décisionnelle.

Il ne serait au demeurant guère souhaitable qu'il en aille différemment, à supposer même que ces organes soient élus. En effet, ils représentent des intérêts catégoriels au sein de la communauté, auxquels la volonté générale ne peut se résumer. La seule véritable démocratie administrative serait celle qui conférerait à la population elle-même, outre qu'à ses représentants légitimes, le soin de formuler la volonté générale.

⁴⁷ Au demeurant, ces organes techniques sont également dotés d'importants pouvoirs de proposition.

⁴⁸ Article L. 2143-1 Code général des collectivités territoriales.

B) L'expression de la volonté générale par la population

La population peut concourir à l'expression de la volonté générale par les actes administratifs unilatéraux, soit par la démocratie directe administrative, soit par la consultation préalable du public sur l'adoption de certains actes administratifs unilatéraux.

L'initiative populaire de la décision administrative, pour sa part, apparaît des plus réduites : excepté en ce qui concerne l'organisation d'une consultation locale, où elle n'a d'ailleurs même plus, depuis la loi du 13 août 2004, l'obligation d'être prise en compte⁴⁹, et le droit de pétition institué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 auprès du Conseil économique, social et environnemental – lequel n'est de toute façon qu'une institution consultative – elle n'existe pas. Si la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 instituait un droit de pétition auprès des collectivités locales, la loi organique qui devait en fixer les modalités n'a jamais été adoptée.

On peut au demeurant douter qu'il s'agisse d'un mode d'expression pertinent de la volonté générale, les auteurs de l'initiative ne pouvant prétendre incarner celle-ci.

1. La démocratie directe administrative

Contrairement à l'idée reçue qui voudrait que la seule démocratie directe soit législative ou constituante, il existe une démocratie directe administrative. Celle-ci est d'ailleurs courante – comme les autres formes de démocratie directe – en Suisse.

La France, cependant, n'est pas une terre de démocratie directe, et en matière administrative moins qu'ailleurs encore. En effet, la population semble encore moins apte à formuler un avis éclairé sur des projets d'actes souvent très techniques que sur des projets de loi.

Ainsi, le référendum national n'est pas prévu en matière administrative, la seule possibilité pour faire intervenir le peuple dans une matière relevant du domaine réglementaire étant d'utiliser le référendum législatif de l'article 11 – en particulier en ce qu'il permet l'organisation d'un référendum relatif à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation. Mais l'acte adopté aura forme de loi – et on se demande bien, d'ailleurs, si le Conseil constitutionnel accepterait d'être saisi par la procédure de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution pour le déclasser par la suite.

⁴⁹ Voir *infra*.

Quant au référendum local, il a longtemps suscité de vives réticences liées à la crainte de dérives plébiscitaires de la part des élus locaux. Ainsi, le référendum local en France est assez récent, puisqu'il remonte à seulement vingt ans.

C'est la loi ATR du 6 février 1992 qui a institué pour la première fois cette procédure. Encore l'a-t-elle fait d'une manière très marginale. Il s'agissait en effet d'un référendum uniquement consultatif (la loi parle d'ailleurs de « consultation » et non de « référendum ») et dans un cadre uniquement communal.

Pour l'organisation de référendums décisionnels locaux, il a fallu attendre la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et l'institution de l'article 72-1 de la Constitution. La loi organique du 1^{er} août 2003 vient en préciser les modalités d'application. Cette création n'a pas entraîné la suppression de la consultation locale, dont la loi du 13 août 2004 vient redéfinir le régime.

Ainsi, il est actuellement loisible aux trois niveaux de collectivités territoriales – commune, département et région – d'organiser, soit un référendum local, soit une consultation locale. Les établissements publics de coopération intercommunale peuvent pour leur part organiser seulement une consultation locale.

S'agissant du référendum décisionnel, l'initiative en incombe aux seuls organes de la collectivité, plus précisément à son assemblée délibérante. Les habitants de la collectivité ne disposent donc d'aucune forme d'initiative, ce qui non seulement les empêche de formuler des propositions, mais aboutit également à les priver de tout droit de veto sur un projet dont l'initiative reviendrait aux autorités locales.

Seule peut être soumise à un référendum local l'adoption d'un acte relevant des compétences de la collectivité, à l'exclusion des actes individuels : ainsi, ne peut en aucun cas faire l'objet d'un tel référendum l'octroi d'un permis de construire, d'aménager, de démolir ou encore d'une autorisation d'exploiter.

L'organisation d'un référendum local est par ailleurs soumise à de très nombreuses conditions temporelles. Ainsi, il ne peut être organisé dans les six mois précédant le renouvellement de l'assemblée délibérante, ni pendant la campagne ou le jour du scrutin prévus pour d'autres scrutins. Deux référendums ne peuvent être organisés par une même collectivité et sur un même objet sans être espacés par un délai d'au moins un an. Le référendum devient caduc dans l'hypothèse où l'assemblée qui l'a décidé cesserait ses fonctions entretemps.

L'adoption du projet est subordonnée à une double condition : non seulement qu'il recueille la majorité absolue des suffrages exprimés, mais également que cette majorité représente au moins un quart des électeurs inscrits (ce qui implique une participation supérieure à 50 %, alors que l'interdiction d'organiser le référendum en même temps que d'autres scrutins peut être de nature à freiner la participation).

Enfin, la délibération décidant de l'organisation du référendum est soumise à un contrôle de légalité et peut être déférée devant les juridictions administratives par le préfet. De même, le projet, s'il est adopté, pourra faire l'objet d'un recours contentieux dans les mêmes conditions que s'il avait été adopté par un acte des institutions représentatives.

La consultation locale peut sembler d'un usage beaucoup plus souple : il est vrai qu'elle entraîne des conséquences beaucoup moins importantes, puisque la population n'émet qu'un simple avis.

La consultation locale peut provenir de l'initiative de l'assemblée délibérante locale ou de celle de la population⁵⁰. Cependant, lorsque l'initiative provient des électeurs, elle ne présente pas d'effet obligatoire : elle impose seulement à l'assemblée délibérante d'en débattre, mais le choix définitif d'organiser ou non la consultation lui appartient. La loi du 13 août 2004, qui prévoit ce pouvoir discrétionnaire de l'assemblée délibérante, infirme la jurisprudence antérieurement développée par les tribunaux administratifs⁵¹.

La principale limite aux référendums locaux, décisionnels ou non, provient cependant des matières dans lesquelles ils peuvent être organisés : ils ne peuvent porter que sur une question relevant des compétences de la collectivité qui les organise.

Ainsi ont été déclarées illégales des consultations organisées par une commune afin que ses habitants se prononcent sur le maintien sur le territoire de la commune d'un centre d'accueil d'étrangers⁵², le passage d'une ligne ferroviaire à grande vitesse sur le territoire de la commune⁵³ ou sur la réouverture d'un tunnel routier situé sur le territoire de la commune⁵⁴. Il en irait de même pour la réalisation d'autres grandes infrastructures – autoroutes ou routes nationales, ou encore centrales nucléaires ou sites de stockage de déchets autres que des déchets ménagers, pour ne prendre que quelques exemples.

Ont été en revanche considérées comme légales des consultations organisées sur la réalisation d'aménagements communaux⁵⁵, qui pourraient être de taille conséquente si les communes qui les organisaient étaient elles-mêmes de grandes communes – mais ce n'est en pratique pas le cas. Il en irait de même de référendums relatifs à la construction de routes départementales, ou de lignes ferroviaires d'intérêt régional.

⁵⁰ Plus précisément 1/5^e des électeurs inscrits sur les listes électorales pour les consultations communales, 1/10^e pour les consultations départementales et régionales.

⁵¹ TA Rennes, 7 août 2003, Association de défense du site de Lancieux et de la baie de Beaussais, *Dr. adm.* 2004, comm. 2, note X. Braud.

⁵² CE, 16 novembre Commune d'Awala-Yalimapo, *Rec.* 498.

⁵³ CE, 16 décembre 1994, Commune d'Avrillé, *Rec.* 558.

⁵⁴ CAA Lyon, 27 décembre 2001, n° 01LY0228, Commune de Servoz.

⁵⁵ CE, 1^{er} mars 1996, Association de défense contre l'implantation d'une grande surface à Saint-Michel de Maurienne, *Rec.* 58.

Compte tenu des conditions posées à la tenue de tels scrutins, et de l'absence de tradition de démocratie directe locale en France, la pratique est très peu abondante. Aucun référendum, consultatif ou décisionnel, n'a jamais été organisé par une région ou un département. Quant aux référendums communaux, ils sont très peu nombreux : les statistiques, fragmentaires, relèvent 26 référendums décisionnels entre 2005 et 2009, tous organisés dans de petites communes.

2. La participation du public à l'adoption de décisions administratives

Les procédures permettant le plus couramment de faire participer la population à l'adoption d'une décision administrative sont les procédés de consultation du public. Ces derniers sont particulièrement abondants en matière d'aménagement et d'urbanisme et d'environnement, ou le principe de participation du public à la prise est consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement⁵⁶.

La plus ancienne et la plus répandue est la procédure d'enquête publique ou plutôt, devrait-on dire, les procédures d'enquête publique.

La procédure d'enquête publique de droit commun est ainsi applicable aux opérations nécessitant une déclaration d'utilité publique, c'est-à-dire, concrètement, la plupart des projets d'infrastructures – dès lors notamment qu'ils nécessitent une expropriation. Une seconde procédure d'enquête publique, dite « démocratisée », a été instituée par la loi du 12 juillet 1983⁵⁷ pour des opérations susceptibles d'affecter l'environnement en raison de leur nature, de leur consistance ou du caractère des zones concernées ; toutefois, contrairement à ce que la formulation de la loi laisse supposer, cette procédure n'est applicable qu'à certaines opérations limitativement énumérées : initialement les opérations dont la liste était donnée par décret, depuis un décret du 29 décembre 2011 les opérations – dont la liste est elle aussi donnée par le Code de l'environnement – qui sont soumis à l'exigence d'une étude d'impact, soit de plein droit, soit après un examen au cas par cas.

La procédure d'enquête publique « démocratisée » renforce l'information et la participation du public. Ainsi, sa durée est supérieure à celle de l'enquête publique de droit commun, sa procédure de publicité renforcée, le dossier soumis à enquête est un peu plus complet et, depuis la loi du 12 juillet 2010 (loi « Grenelle II »), il est non seulement disponible sur les lieux de l'enquête, mais peut être adressé à toute personne qui le demanderait. Surtout, les pouvoirs du commissaire-enquêteur – ou de la commission d'enquête – chargé de l'enquête sont accrus : il ne se borne pas à recueillir les

⁵⁶ Encore que ce principe n'impose pas la participation directe du public, la participation au moyen d'organismes représentatifs – comme les associations de protection de l'environnement – étant suffisante.

⁵⁷ Articles L. 123-1 et suivants Code de l'environnement.

observations du public sur un registre, mais peut également visiter les lieux avec l'autorisation des propriétaires ou des occupants, demander à l'expropriant tout document en sa possession afin de compléter le dossier ou encore organiser des réunions d'information et d'échange avec le public en présence du maître de l'ouvrage. Enfin, le rapport d'enquête fait état des contre-propositions formulées et des réponses éventuelles du maître de l'ouvrage.

Le résultat de l'enquête publique apparaît pourtant, du point de vue de la prise en compte de la volonté populaire, comme particulièrement décevant.

D'une part, l'avis émis est, surtout, celui du commissaire-enquêteur, qui n'est nullement tenu de se ranger à l'opinion majoritaire. Cela n'est même pas aberrant du point de vue de la logique juridique. Le public n'émet aucun vote, donc aucune opinion juridiquement formulée, le registre ne produisant qu'une collection d'avis individuels. De surcroît, la pratique montre que ce sont majoritairement les opposants au projet qui déposent des observations sur le registre : ce dernier donne donc une vision passablement déformée de l'opinion du public.

D'autre part, les conclusions du commissaire-enquêteur sont dépourvues de conséquences sur la suite de la procédure : alors qu'avant 2002, un décret – et non un simple arrêté préfectoral – était requis pour adopter la déclaration d'utilité publique dans tous les cas où cet avis recueilli à la suite de l'enquête préalable était défavorable, la loi du 27 février 2002 supprime cette obligation, ce qui ne va certainement pas dans le sens d'une meilleure prise en compte des résultats de l'enquête publique.

Malgré ces garanties procédurales, l'enquête publique démocratisée ne confère pas au public – à supposer même que son opinion soit incarnée par celle du commissaire-enquêteur – un pouvoir décisionnel plus important.

La loi du 12 juillet 2010 prévoit cependant, pour la première fois, que les conclusions devront être « prises en considération » par le maître de l'ouvrage et par l'autorité décisionnelle. Cette notion de prise en considération reste cependant d'un contenu vaporeux. Elle n'est pas inconnue du droit public français, puisqu'elle existe déjà en droit de l'aménagement du territoire qui emploie souvent la notion voisine de « prise en compte » : il s'agit du degré minimal de contrainte, inférieur à la conformité et même à la simple compatibilité.

De surcroît, le renforcement même des garanties d'information et de participation est largement tributaire de la volonté du commissaire-enquêteur : ce dernier n'a nulle obligation d'user des pouvoirs dont il dispose.

En amont de l'enquête publique peuvent être organisées d'autres procédures participatives. En effet, le reproche fréquemment adressé aux enquêtes publiques était d'être organisées trop tard, à un moment où le projet était déjà suffisamment avancé pour n'être plus amendable.

La principale de ces procédures est celle du débat public instituée par la loi du 2 février 1995, et prévue pour les projets d'aménagement ou d'équipement présentant de forts enjeux socio-économiques ou ayant des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire⁵⁸. En réalité, cependant, elle ne s'applique qu'aux opérations limitativement énumérées. Ainsi, sont concernées par cette procédure la réalisation de grandes infrastructures routières, la création ou l'extension de grands aéroports ou de grandes infrastructures portuaires, la création de lignes électriques à haute tension, la création de grands gazoducs et d'oléoducs, d'installations nucléaires de base, de grands barrages hydroélectriques ou de barrages-réservoirs, les plus importants transferts d'eau de bassin fluvial ou encore la construction des équipements culturels, sportifs, scientifiques ou touristiques et des équipements industriels les plus importants. En pratique, donc, la procédure de débat public ne s'applique qu'aux grandes infrastructures nationales.

La procédure de débat public a pour caractéristique de ne pas être menée par l'autorité chargée de prendre la décision finale sur la réalisation de l'infrastructure, mais par une autorité administrative indépendante, la Commission nationale du débat public. Ainsi, se trouve garantie l'indépendance de la procédure par rapport au maître de l'ouvrage et par rapport à l'autorité décisionnelle.

Cependant, les verrous qui entourent cette procédure conduisent à relativiser son efficacité.

En premier lieu, la CNDP dispose d'une compétence absolument discrétionnaire pour décider de l'organisation du débat : que sa saisine soit obligatoire n'implique pas qu'elle doive organiser le débat, simplement qu'elle examine le dossier. Une éventuelle décision de refus de sa part est toutefois susceptible de recours contentieux, ce qui permet de connaître quelques-uns des motifs pour lesquels il est possible de refuser l'organisation d'un débat. Il peut s'agir, par exemple, du fait que le projet est trop avancé et a fait déjà fait l'objet d'une concertation approfondie⁵⁹.

Si la CNDP décide d'organiser un débat public, la loi prévoit quel sera son objet : les objectifs, les caractéristiques principales et, depuis la loi du 27 février 2002, l'opportunité du projet. Ainsi, il sera possible de remettre en cause, non seulement les modalités de réalisation de l'infrastructure, mais également son principe même.

Sur les modalités mêmes d'organisation du débat, les contraintes posées par les textes sont peu nombreuses, ce qui laisse à la CNDP une marge de manœuvre importante. Au demeurant, la définition par la CNDP des modalités du débat n'est pas susceptible de

⁵⁸ Article L. 121-8-I Code de l'environnement.

⁵⁹ CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migné-Auxences, *Rec. tables* 974.

recours contentieux⁶⁰. De surcroît, d'éventuelles irrégularités dans le déroulement de la procédure de débat public sont insusceptibles d'être soulevées par voie d'exception une fois la décision de poursuivre le projet devenue définitive⁶¹.

Ainsi, la loi prévoit une limitation de la durée du débat à quatre mois, sauf à ce que la CNDP prolonge ce délai de deux mois par une décision motivée. À l'intérieur de cette limite, la CNDP fixe librement la durée du débat.

De même, la CNDP dispose du choix entre conduire elle-même le débat ou laisser cette conduite au maître de l'ouvrage ou à la personne publique responsable. Dans le premier cas, elle constitue une commission *ad hoc*. Dans le second, elle se contente de veiller à l'application par le maître d'ouvrage des modalités d'organisation du débat qu'elle a définies.

À l'issue du débat, la CNDP en rédige un compte-rendu et un bilan, publiés dans un délai de deux mois après la clôture du débat. L'absence de précision supplémentaire implique que, comme en matière d'enquête publique, la CNDP formule souverainement l'opinion du public telle qu'elle ressort du débat. Cette opinion n'est, en tout état de cause, qu'un avis : en aucun cas elle ne peut faire obstacle à la poursuite du projet.

C'est la personne publique compétente qui prend la décision finale, dans un délai de trois mois après la publication du compte-rendu et du bilan, en indiquant les conditions de poursuite éventuelle du projet – c'est-à-dire, notamment, de quelle manière il a tenu compte des résultats du débat public.

L'achèvement du débat public ne clôt pas la participation du public. Celle-ci doit se poursuivre sous la responsabilité du maître de l'ouvrage jusqu'au début de l'enquête publique, qui prendra le relais. L'enquête publique ne peut s'engager qu'après la publication du compte-rendu et du bilan du débat public lorsque ce dernier a eu lieu, à compter de la date à laquelle un débat public ne peut plus être organisé dans les autres cas, et en tout état de cause dans un délai maximal de cinq mois à compter de l'une ou l'autre de ces dates. Le compte-rendu et le bilan du débat public sont versés au dossier d'enquête publique.

La pratique du débat public est assez fournie. Elle montre, de surcroît, que ses conclusions sont plutôt bien prises en compte par les autorités administratives. En effet, environ un tiers des projets donnant lieu à débat public sont amendés pour tenir compte de celui-ci. Il est même arrivé que le projet soit abandonné suite à un débat public ayant nettement montré ses inconvénients : ainsi le projet d'autoroute Metz-Nancy, le contournement routier et ferroviaire de Lyon et l'extension du port de Nice. Cela dit, le motif déterminant de ces abandons ne semble pas avoir été, en soi, l'opposition du

⁶⁰ CE, 28 décembre 2005, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes, *Rec. tables* 1143, *AJDA* 2006, p. 1664, note B. Delaunay, *Environnement et Développement durable* 2006, comm. 40, note J.-M. Février.

⁶¹ Article L. 121-14 Code de l'environnement.

public, mais bien les inconvénients du projet révélés par le débat : c'est dire qu'il ne suffit pas au public de s'opposer, encore faut-il qu'il justifie son opposition.

Il faudrait bien se garder, par ailleurs, d'idéaliser l'efficacité du débat public. Les pouvoirs publics peuvent parfois être tentés de contourner celui-ci. À cet égard, le fait que le débat public ne puisse être organisé sur un projet définitivement arrêté peut être de nature à engendrer de la part du maître d'ouvrage ou de la personne publique responsable du projet une véritable « course de vitesse » pour avancer au plus vite la conception du projet ou accréditer l'idée qu'il est insusceptible de remise en cause. Ainsi, l'inscription d'un projet parmi les priorités du Comité interministériel à l'aménagement et au développement du territoire ayant conduit les membres de la commission *ad hoc* chargée d'organiser un débat public à renoncer à leur mission, la juridiction administrative n'a pour autant pas relevé de vice de procédure entachant la décision ministérielle de poursuivre le projet⁶².

La loi de simplification du droit du 17 mai 2011 est la première, avec son article 16 – précisé par son décret d'application du 8 décembre 2011 – à instituer une procédure de participation du public de portée générale : il s'agit de la procédure de consultation ouverte, à laquelle l'administration peut décider de recourir en lieu et place de la consultation obligatoire d'un organisme administratif. Elle permet de recueillir, sur un site internet, les observations des personnes concernées par le projet d'acte. Les organismes administratifs à l'avis desquels se substitue cette consultation peuvent faire connaître, comme les administrés, leurs observations dans les mêmes conditions que les administrés.

La nouvelle procédure est cependant entourée d'assez nombreuses conditions, destinées notamment à éviter les accusations de dérives populistes. Ainsi, elle ne peut tout d'abord s'appliquer qu'aux actes réglementaires. Elle ne peut en outre se substituer aux avis des autorités administratives ou publiques indépendantes, aux avis conformes, ni aux consultations concernant l'exercice d'une liberté publique, la garantie d'une exigence constitutionnelle – notamment la participation en matière sociale ou environnementale⁶³ – ou traduisant l'exercice d'un pouvoir de proposition.

Une publicité émanant de l'organisateur en fait connaître les modalités. La publicité – outre bien sûr le projet d'acte accompagné d'une notice explicative – précise notamment la date d'ouverture et de clôture de la consultation, sachant que la durée de cette dernière ne peut être inférieure à 15 jours.

⁶² CAA Bordeaux, 3 décembre 2008, n° 07BX00912, Ministre de l'Équipement c/Association Aquitaine alternatives.

⁶³ La loi du 27 décembre 2012 a d'ailleurs mis en place une procédure spécifique assez proche néanmoins de la procédure de consultation ouverte pour l'adoption des décisions ayant des incidences sur l'environnement. Réservée à l'État et à ses établissements publics, elle a été étendue aux collectivités locales, moyennant quelques adaptations, par l'ordonnance du 5 août 2013. »

À l'issue de la consultation, et au plus tard au jour de la signature de l'acte, est dressée une synthèse publique des observations, éventuellement accompagnée d'informations complémentaires. Elle est publiée sur le site où a eu lieu la consultation.

Si son intérêt est indiscutable, ses modalités en font peut-être une « fausse bonne idée », dans la mesure où elle peut conduire à remplacer la consultation d'un organisme compétent et représentatif par une procédure informelle et laissée à la discrétion de l'autorité administrative.

L'absence de portée réelle des procédures de participation du public sur le processus décisionnel montre bien que la démocratie administrative a plutôt vocation à conforter la décision prise par l'administration, par des procédés suffisamment souples pour que la désapprobation populaire n'apparaisse pas suffisamment représentative pour délégitimer la décision administrative. Plutôt que de démocratie administrative, il vaudrait sans doute mieux employer le terme de « bonne administration », d'une portée plus vaste,⁶⁴ mais qui inclut notamment l'écoute des administrés.

La prise de décision par l'administration apparaît donc encore marquée par un certain autoritarisme, ou du moins un certain paternalisme guère éloigné, dans son inspiration, du « despotisme éclairé ». Comme quoi, même dans une société libérale et démocratique, le poids de la « minorité éclairée » et de l'expert, pourtant critiqué, n'est pas à négliger...

Gweltaz Eveillard

Professeur de droit public à la Faculté de droit et de science politique de Rennes (Institut du droit public et de la science politique)

⁶⁴ Il implique également la transparence, la contradiction ou encore le contrôle de l'administré sur les décisions administratives.