



HAL
open science

La démocratie administrative en droit de l'Union européenne, jouvence ou illusion ?

Rostane Mehdi

► **To cite this version:**

Rostane Mehdi. La démocratie administrative en droit de l'Union européenne, jouvence ou illusion ?. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre, A paraître. halshs-01790648v2

HAL Id: halshs-01790648

<https://shs.hal.science/halshs-01790648v2>

Submitted on 19 Jun 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La démocratie administrative en droit de l'Union européenne, jouvence ou illusion ?

*Rostane MEHDI, Professeur à Aix-Marseille Université et au Collège d'Europe de Bruges
Chaire Jean Monnet, DICE UMR-7318
Directeur de Sciences Po Aix*

Il est rare de rendre au dédicataire de mélanges un hommage en « creux ». Pourtant, il n'y a aucune ironie ni malice à vouloir souligner que le système de la Convention européenne des droits de l'homme, si familier à F. Sudre, a, une fois n'est pas coutume, quelques enseignements à tirer du droit de l'Union européenne (UE). En effet, le droit européen des droits de l'homme ne s'intéresse qu'épisodiquement à la démocratie administrative entendue ici comme l'ensemble des règles visant à rééquilibrer les rapports du citoyen à l'appareil public. Or, le droit de l'Union s'attache, depuis maintenant plusieurs décennies, à réduire la distance entre « l'administration séparée » et l'administré « handicapé »¹ à force d'être privé de ces ressources de tous ordres qui permettent de résister aux vents de l'arbitraire.

A côté des principes relatifs à l'architecture institutionnelle, qui par leur objet forment en quelque sorte des invariants du droit constitutionnel de l'UE, les principes fonctionnels sont plus étroitement liés au renouvellement des figures de la légitimité. Il faut garder ici à l'esprit que l'élection n'est résolument plus le seul fondement de la légitimité des systèmes politiques. Celle-ci se forge clairement au-delà du laps de temps nécessaire à l'activation des mécanismes de sélection électorale. Elle se construit (en partie au moins) en dehors des lieux où se formalise traditionnellement la volonté politique². Longtemps, l'autorité de l'administration n'a dépendu que de sa subordination aux élus, jouissant par extension de la légitimité de ceux-là mêmes qui l'instituaient. En fait, c'est dans la « trivialité des rapports ordinaires »³ entre l'appareil public et les administrés que se situent désormais les marges de manœuvre. L'administration a su se parer d'une « légitimité parallèle et concurrente »⁴ se nourrissant de l'efficacité de son action au service de la communauté⁵.

Cette profonde transformation des ressorts de la démocratie libérale s'est donc accompagnée de l'éclosion d'une démocratie administrative se déclinant elle-même en deux variations principales. Elle constitue, d'une part, un puissant vecteur de renforcement des droits des administrés. Elle s'incarne, d'autre part, dans des techniques procédurales embrassant le pluralisme qui caractérise nos sociétés.

I- La démocratie administrative, démocratie des droits des administrés

La démocratie administrative exprime, en une formule ramassée, le fait que les impératifs de l'Etat de droit ont pénétré la sphère trop longtemps confinée des rapports entre administration et administrés.

1- Le principe de bonne administration

¹ - R. Draï, *Science administrative, éthique et gouvernance*, PUAM, 2002, p. 39.

² - H. Rosa, *Accélération, Une critique sociale du temps*, La Découverte, 2010, p. 309.

³ - J.-B. Auby, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011/1 (n° 137-138), p. 15.

⁴ - J. Chevallier, « de l'administration démocratique à la démocratie administrative », *RFAP*, 2011/1 (n° 137-138), p. 218.

⁵ - R. Mehdi, « L'efficacité des normes en droit de l'union européenne », in M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2012, pp. 295.

Sans doute le principe de bonne administration traduit-il d'abord une exigence de « bon sens » plus qu'une prescription étroitement juridique, car enfin qui pourrait « raisonnablement revendiquer une mauvaise administration »⁶. Apparu sous des formes diverses dans les ordres juridiques nationaux⁷, il a fini par capter l'attention de la Cour de justice.

Jouissant d'une « immense popularité », au point d'ailleurs de former le pivot d'un droit administratif global⁸, ses contours restent pourtant incertains. Si elle en signe la singularité, son inscription dans la Charte des droits fondamentaux (art. 41) ne dissipe guère ce halo de mystère⁹. Dit autrement, la constitutionnalisation du principe n'en affermit pas pour autant la consistance. Se déployant en « étoile », la bonne administration est un principe « chapeau »¹⁰ dont découlent immédiatement un ensemble d'obligations.

1-1 Un principe « importé » par le juge

L'importation du principe de bonne administration dans l'ordre juridique de l'Union résulte d'abord de la volonté du juge. Une hypothèse finalement courante dans la mesure où cet ordre juridique n'est pas hermétique aux influences externes. Depuis l'origine, l'Union est un espace dans lequel les modèles juridiques entretiennent une relation dialectique voire concurrentielle dont le comparatisme est la méthode et le juge l'instrument. Se livrant à un « comparatisme d'adhésion »¹¹, la Cour vérifie à partir d'une observation attentive des systèmes nationaux l'existence d'un socle partagé. Elle procède ensuite à une montée en généralité par l'affirmation d'un principe de droit évidemment commun aux droits des Etats membres. En l'espèce, le principe de bonne administration est l'objet d'une interprétation à la fois logique et systématique. Elle juge que l'article 41 est « par son libellé même », une disposition « d'application générale »¹².

1-2 Le droit de l'administré à un traitement sérieux et individualisé de ses affaires

Le principe de bonne administration ne confère pas, par lui-même, de droits aux administrés, sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques. C'est là toute son ambiguïté...

L'obligation d'un examen sérieux, impartial et équitable constitue la « partie irréductible »¹³ du principe ; en quelque sorte son essence même. L'impartialité est un idéal qui s'impose donc concrètement aux institutions avec la part d'incertitude que comporte inévitablement le renvoi à un standard imprécis voire contingent. Pour autant, elles doivent s'abstenir d'émettre des jugements de valeurs ou de fonder leurs décisions sur des préjugés. De même, s'efforceront-elles de traiter de manière identique des situations objectivement comparables et de tenir compte de tous les éléments pertinents du cas qui leur est soumis¹⁴. Elles sont contraintes, par ailleurs, de réagir dans des délais raisonnables. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour

⁶ - J. Lassalle, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, Thèse, Paris II, 2008, p. 22.

⁷ - R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'harmattan, 2010.

⁸ - B. Kingsbury, « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII), p. 37.

⁹ - D. Simon, « Le principe de bonne administration ou la bonne gouvernance concrète », *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, p. 155 .

¹⁰ - *ibid.*, p. 116.

¹¹ - R. Mehdi, « Le recours par la Cour de justice de l'Union européenne au droit comparé - Exigence méthodologique et variations des usages », in *Future of comparative study in law: the 60th anniversary of the Institute of comparative law in Japan*, Chuo University, Series of the Institute of comparative law in Japan, Tokyo, 2011, p. 397.

¹² - CJUE, 22 nov. 2012, *M. M c. Minister of Justice, Equality and law reform*, C-277/11.

¹³ - J. Lassalle, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴ - Trib. UE, 17 janv. 2013, *Gollnisch c. Parlement*, T-346/11 et T-347/11.e

comprendre qu'une administration qui manquerait chroniquement de réactivité s'exposerait à de légitimes critiques. Toutefois, le « délai raisonnable » fait figure de Graal tant son appréciation semble impossible à étalonner strictement. Tout est (et doit rester) affaire de circonstances. Le caractère raisonnable d'un délai se mesurera à l'aune du contexte ou des intérêts en jeu.

Avec le droit à un traitement individualisé on entre dans une sorte de « seconde couronne » dans la mesure où ses déclinaisons se rattachent au principe de bonne administration par l'effet d'une lecture souvent extensive. Il en va ainsi du droit d'être entendu. Il est, à bien des égards, indissociable du droit d'être entendu lui-même intimement lié aux droits de la défense¹⁵. S'il est habituellement associé au principe du contradictoire, il est cependant perçu comme étant « apparenté »¹⁶ au principe de bonne administration. Sa consécration s'inscrit dans une évolution consistant à renforcer les garanties procédurales permettant aux administrés de se défendre efficacement. En ce sens, il pourra être rattaché au devoir de sollicitude¹⁷.

Le droit d'accéder au dossier complète la gamme de ces garanties¹⁸. Pas plus que d'autres, ce droit ne saurait toutefois se concevoir comme absolu. Aussi, ne concerne-t-il pas, par exemple, les documents internes, les informations couvertes par le secret des affaires ou liées à la sauvegarde d'intérêts supérieurs.

2- Le principe de transparence

G. Carcassonne évoquait, au détour d'une charge vigoureuse, le « trouble de la transparence »¹⁹. « Principe d'ombre et de lumière »²⁰, la transparence acquiert, en démocratie, le statut de principe de gouvernement. Néanmoins, ses buts ne sont pas exempts de quelques contradictions ; elle est à la fois contrainte pour le pouvoir et instrument à son service. Rien ne doit masquer cette part d'équivoque.

Son identité même est problématique. Son autonomie par rapport à l'impératif « englobant » de bonne administration est sans doute relative. Il est également difficile de distinguer la transparence d'exigences qui en constituent une déclinaison tels que l'obligation de motivation ou de publicité. Elle est finalement l'expression d'un principe arborescent dont les diverses branches régissent les rapports interinstitutionnels tout en contribuant à renforcer la protection des administrés. Consacrée « constitutionnellement » par le traité d'Amsterdam, elle se concevait initialement comme l'avatar le plus évident du « principe d'ouverture ». Le TFUE met aujourd'hui plus nettement l'accent sur le fait qu'elle constitue, en tant que telle, l'un des vecteurs de promotion d'une bonne gouvernance.

Selon J. Chevallier, la « transparence conduit l'administration à se rapprocher du milieu social et donc à atténuer le principe de fermeture qui était la condition et la garantie de son éloignement »²¹. Cette quête est mise au service d'une stratégie explicative en direction du public. Gage d'acceptabilité de ses décisions, elle tend à susciter chez les administrés un sentiment de conviction d'autant plus fort qu'ils seront complètement informés. C'est d'ailleurs

¹⁵ - TPI, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt AG*, T-42/96, pts 78 et s.

¹⁶ - D. Simon, *op. cit.* p. 165.

¹⁷ - TFP, ord., 8 novembre 2011, *U c. Parlement européen*, F-92/09 DEP.

¹⁸ - CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, Affaire C-269/90.

¹⁹ - G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 17

²⁰ - J. Rideau, « Jeu d'ombres et de lumières », in *La transparence dans l'Union européenne, Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1998, p. 1

²¹ - J. Chevallier, *Science administrative*, 5^{ème} éd., Thémis droit, PUF, 2013, p. 427.

dans cette perspective que le principe, véritable « mythe légitimateur »²², a été mobilisé dès 1992.

Enfin, la transparence est clairement indissociable de la reconnaissance d'un droit à l'information des administrés qu'illustre la multiplication des sites institutionnels et la mise en ligne gratuite des données publiques essentielles. Toutefois, communiquer est une chose, faciliter l'accès effectif à l'information en est une autre. Sur ce point, l'UE prend sa part au vaste mouvement de cantonnement du secret qui est à l'œuvre depuis une quarantaine d'années²³. Il est intéressant de noter que, alors même qu'il ne concernait que le triangle institutionnel, le règlement 1049/2001²⁴ a suscité l'adhésion spontanée de nombreux autres organes. Cette évolution a, du reste, été entérinée par les rédacteurs de l'article 15 § 3 TFUE.

Néanmoins, le droit d'accès aux documents n'est pas sans limite dans la mesure où il doit composer avec le maintien de zones de confidentialité encadrées. Les débats portent généralement sur la définition du seuil au-delà duquel les citoyens doivent accepter de renoncer à leurs prétentions. Il appartient, le cas échéant, aux juges de mettre en balance devoir de transparence et impératifs liés à la sauvegarde de secrets légitimes²⁵.

Avec la transparence, l'UE s'attache à conforter un principe sans lequel la démocratie serait privée de quotidienneté. Pourtant, ses louables efforts buttent sur une réalité sociologique incompressible selon laquelle « toute organisation génère sa propre opacité ». Ainsi, chaque institution forme une communauté que cimentent le « secret partagé » et le sentiment enivrant de détenir des codes de compréhension inaccessibles au plus grand nombre. La maîtrise exclusive d'un savoir ou d'un vocabulaire technique constituent un puissant levier d'identification²⁶. Il faut également garder à l'esprit les effets liés à la « viscosité des comportements »²⁷. En ce sens, prescrire par exemple la publicité des débats au sein de Conseil n'empêchera jamais les membres de celui-ci de négocier des compromis à la faveur d'interruptions de séances bienvenues ou de rencontres vespérales. Enfin, la transparence ne devrait pas devenir une « manie » à ce point prégnante que l'on en perdrait de vue la vocation initiale. Elle ne serait plus alors la « quintessence de la démocratie mais plutôt son antipode »²⁸.

3- Pour un droit de meilleure qualité

Cette volonté de rapprocher émetteurs et destinataires des normes, va de pair avec la recherche de « l'idéal de la meilleure législation »²⁹. Antienne incantatoire, ce souci de mieux légiférer témoigne d'une double préoccupation. D'un point de vue formel, il convient de dissiper le sentiment selon lequel le système juridique de l'Union serait confus par essence. Cette complexité aurait raison de la productivité et de la capacité d'investissement des entreprises. La réduction des coûts et des charges est l'un des enjeux de la stratégie initiée par la Commission³⁰.

²² - D. Curtin & J. Mendes, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne », *RFAP*, 2011/1, n° 137-138, p. 104.

²³ - J. Chevallier, *Science administrative, op.cit.*, p. 429.

²⁴ - Règlement [CE] n° 1049/2001, du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001, *JOCE* n° L 145, p. 43

²⁵ - R. Mehdi, « Transparence et lutte internationale contre le terrorisme. La culture du secret mise à l'épreuve », 15 mai 2012, <http://www.gdr-elsj.eu/>

²⁶ - J. Chevallier, *op. cit.*, p. 431

²⁷ - *ibid.*, p. 430.

²⁸ - G. Carcassonne, *op. cit.*, p. 23.

²⁹ - F. Peraldi-Leneuf & S. De La Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Iredies, Pedone, Cahiers européens, n° 5, 2013.

³⁰ - Voir les justifications avancées par la Commission dans la communication (2015) 215 final et la proposition d'accord interinstitutionnel (2015) 216 final.

D'un point de vue substantiel, il s'agit d'offrir à tous le plus haut degré de sécurité juridique possible. Sous réserve de ne pas céder au verbiage la loi peut être dense sans être fatalement absconse. Dans un contexte de complexification des contenus normatifs, il est nécessaire de rendre le droit compréhensible à ses destinataires.

Il est vrai que les « désordres normatifs » sont inhérents à la diversification des « foyers de production du droit »³¹, phénomène lui-même indissociable de la popularisation du thème de la « meilleure gouvernance ». Cette inflation est sans doute inévitable dans un ensemble qui assigne une fonction aussi centrale au droit³². C'est par un volontarisme proliférant que l'UE impose son existence notamment aux Etats qui la composent. L'un des moyens d'éviter l'intempérance³³ et le foisonnement juridique, est de procéder à un choix rigoureux des « véhicules normatifs » tout en s'astreignant à améliorer la qualité de la législation proprement dite. Certes l'accessibilité matérielle de la loi est essentielle mais il n'est pas moins important qu'elle soit la plus limpide possible³⁴.

Cependant, la légistique formelle ne permet pas toujours de garantir la clarté des normes. Cela pour plusieurs raisons. Les actes édictés par les institutions sont d'abord le fruit de subtils arbitrages politiques. Or, la recherche d'un compromis n'est que rarement conduite à l'aune de l'exigence de qualité. Rationalité politique et rationalité technique se trouvent ici placées dans un rapport souvent orthogonal³⁵. On butte sur les apories d'un système qui n'a cessé de dupliquer les procédures de contrôle au risque d'altérer paradoxalement la qualité du droit et l'intelligibilité des règles³⁶. A cet égard, la directive « services » offre l'exemple d'un texte passé au tamis de négociations difficiles, où la déraison l'a souvent disputé au cynisme. « Patchwork extrêmement difficile à interpréter »³⁷, « capharnaüm » impressionnant³⁸ ce texte est l'expression d'un « négativisme ambiant » tenant à « l'adjonction d'exceptions, de restrictions et de toutes sortes de limitations »³⁹. Pour les Etats membres l'essentiel se situait sans doute ailleurs : soustraire au champ d'application de la directive les questions les plus délicates, quitte à cautionner une construction baroque ...

Par ailleurs, le droit de l'Union s'inscrit souvent dans un registre technique. Aussi, peut-il s'engluer dans un jargon dont le législateur peine à faire son miel⁴⁰. Il est vrai que l'imprécision des énoncés juridiques apparaît à la fois comme l'une de leurs « propriétés constitutives » et une condition de fonctionnement de la dogmatique juridique⁴¹. La qualité ne serait finalement

³¹ - J. Chevallier, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », in F. Peraldi-Leneuf & S. De La Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, p. 18.

³² - G. Majone, *La Communauté européenne. Un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.

³³ - Pour reprendre les termes utilisés par le Conseil d'Etat dans son Rapport public 2006, p. 254.

³⁴ - Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne du 13 avril 2016, « Mieux légiférer », *JOUE* n° L 123, 12 mai 2016, p. 1 ; également le guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne, 2015.

³⁵ - J. Chevallier, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », *op. cit.*, p. 24.

³⁶ - S. De La Rosa, « L'union européenne en quête d'une meilleure législation. A propos du programme « mieux légiférer » », *op. cit.*, sp. p. 66 et s. L'auteur évoque ici les « dérives de la formalisation ».

³⁷ - M. Wathelet, « La genèse de la directive 'services' », C. Ferrari-Breur (dir.), *La directive « services », en principe(s) et en pratique*, Bruylant, 2011, p. 24.

³⁸ - L. Chabaud, « La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Les exclusions explicites : article 2 », C. Ferrari-Breur (dir.), *La directive « services », en principe(s) et en pratique*, *op. cit.*, p. 36.

³⁹ - V. Hatzopoulos, « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *Cah. Dr. Europ.*, 2007, p. 319.

⁴⁰ - F. Martucci, « Jargon économique, mutation normative et outils légistiques », in F. Peraldi-Leneuf & S. De La Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, *op. cit.*, sp. pp. 79 et s.

⁴¹ - J. Chevallier, « Peut-on rationaliser la production du droit ? », *op. cit.*, p. 25.

qu'un mythe renvoyant à un « âge d'or » où le droit était simple, clair et concis, une ère fantasmagique à laquelle il faudrait revenir ...

II- La démocratie administrative, démocratie procédurale

Le droit de l'Union est porté par la conviction selon laquelle la revitalisation démocratique du projet européen passe aussi par l'immixtion aussi fréquente possible des citoyens dans le processus d'action publique.

1- L'illusion participationniste

Dans une société où la complexité des problématiques se conjugue à l'aspiration de chacun à participer à la prise des décisions engageant l'avenir de tous, les règles classiques de gouvernement semblent quelque peu dépassées. En effet, après l'impartialité, il s'agit de tenir compte de la proximité à la fois nouvelle figure du bien en politique⁴² et condition de l'efficacité des normes. En rupture avec un modèle hiérarchisé, les pouvoirs publics doivent se résoudre à offrir à l'ensemble des parties prenantes le loisir d'exprimer, de manière publique et transparente, leur point de vue sur les enjeux normatifs. La légitimité du système dépend désormais de la capacité des institutions à caler leur action sur la particularité des situations à traiter. La bonne mesure ne sera pas la plus générale mais bien celle dont les destinataires auront la conviction qu'elle a été prise en pleine connaissance de leur singularité. Cependant, l'image d'un législateur rationnel s'élevant au-dessus des réalités prosaïques tout étant capable d'assurer en toutes circonstances la cohérence du processus de production normative tient aujourd'hui du mythe. C'est encore plus vrai pour l'UE qui exerce ses missions dans un environnement sociopolitique et juridique pluriel et hautement évolutif⁴³.

La multiplication d'interlocuteurs en attente de considération, impose aux pouvoirs publics, quels qu'ils soient, de veiller à ce que les décisions répondent précisément aux aspirations sociales. Tel est, par exemple, l'idée sur laquelle les rédacteurs de l'article 152 TFUE ont entendu mettre l'accent. Cette disposition exprime l'idée que l'Union de droit est inconcevable sans une adhésion sincère au jeu d'une démocratie politique fortement étayée sur le plan socio-économique⁴⁴. En dehors du cas particulier des partenaires sociaux, la Commission se montre soucieuse de promouvoir l'émergence d'un espace de décision ouvert. A cet effet, elle prend en considération la position de l'ensemble des « parties intéressées » au moyen d'une large gamme d'instruments programmatiques (livres verts et blancs, communications ...) ou inclusifs (conférences de consensus, conférences de citoyens, consultations en ligne⁴⁵, consultations sectorielles décentralisées⁴⁶...). L'élargissement constant du cercle des acteurs prétendant à un rôle dans l'élaboration des décisions s'est accompagné d'une croissance sans précédent du lobbying et de l'*advocacy*⁴⁷. En cela, l'ouverture aux « *stakeholders* » instaure un « nouveau style de gouvernement [modifiant] – de manière réelle ou cosmétique – les arènes de la décision

⁴² - P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008, p. 268.

⁴³ - R. Mehdi, « Les crises institutionnelles » in Cl. Blumann & F. Picod (dir.), *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 121.

⁴⁴ - S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 55 et s.

⁴⁵ - v. http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm.

⁴⁶ - R. Mehdi, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, J. Pini (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2010, pp. 177.

⁴⁷ - P. Aldrin & N. Hubé, *Introduction à la communication politique*, de Boeck supérieur 2017, p. 232.

politique »⁴⁸. Or, pour être durablement acceptables ces activités doivent être transparente et respectueuses de l'indépendance des institutions et de leurs agents.

Au-delà de son souci d'imprégnation sociale, la Commission doit veiller à ce que ses propositions reposent sur une solide base de connaissances techniques. Cette emprise de considérations notamment scientifiques sur le processus normatif dépend évidemment du secteur considéré. La formulation d'une règle de droit suppose ici la domestication de concepts dont la maîtrise par des non-spécialistes peut s'avérer délicate. Sans un échange entre la science et le droit, le processus normatif a tous les risques d'être vicié. En effet, si l'expertise permet théoriquement de s'assurer de la pertinence scientifique ou technique des décisions, elle ne suffit jamais à légitimer (à elle seule) les options retenues. A cet égard, la complexité des décisions à prendre et l'adaptabilité souhaitable des politiques publiques soulignent la nécessité de multiplier les zones de contact permettant à l'ensemble des parties intéressées de débattre des questions engageant l'avenir de la collectivité⁴⁹. Ajoutons que la recherche d'un consensus, c'est-à-dire d'une « volonté suscitant l'adhésion », s'avère d'autant plus difficile que l'accord sur les valeurs ne procède plus exclusivement de la tradition ou de la convention mais de la confrontation de visions antagoniques⁵⁰.

2- Des modes alternatifs de production normative

La promotion d'une nouvelle forme de gouvernance conduit à privilégier le développement de modes de production normative singuliers. S'ébauche ainsi un système de « polyarchie délibérative »⁵¹ mêlant participation, délégations contrôlées à des acteurs privés et maintien de modalités plus classiques d'exercice de la puissance publique.

Cette volonté peut d'abord être consacrée par le traité lui-même. Tel est clairement le cas en matière sociale⁵². Ne se contentant pas de faire des partenaires sociaux des acteurs « incontournables » du processus de législation sociale, le traité affranchit ces derniers des contraintes du triangle institutionnel en les investissant du pouvoir d'édicter des normes sociales. En dehors même de cette hypothèse particulière, l'intervention du législateur ne se justifie que dans la stricte mesure du nécessaire. Lorsque le traité n'en dispose pas autrement, les institutions doivent favoriser la novation procédurale. Le législateur peut ainsi confier la réalisation des objectifs définis par lui-même aux opérateurs reconnus dans un domaine donné ; on parle alors de corégulation. L'autorégulation permet, quant à elle, aux acteurs de « terrain » d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen. Se plaçant dans la perspective de la « nouvelle gouvernance », les institutions ne sont plus hostiles à l'idée de limiter le rôle des pouvoirs constitués par un confinement de la fonction législative, au profit d'acteurs privés que l'on suppose, parfois naïvement, mieux à même de prendre des décisions pertinentes donc efficaces. Cette évolution doit cependant rester maîtrisée sous peine de subvertir la légitimité des normes applicables. Associés à l'exercice d'une fonction normative, il est ainsi indispensable que ces acteurs privés satisfassent, au même titre que les institutions, à une obligation de redevabilité. Aussi, le recours à ces modes alternatifs ne doit pas contrevenir aux règles de fond du droit de l'Union et respecter les impératifs de transparence et de représentativité des parties impliquées. A ce titre, il va sans dire que ces

⁴⁸ - *ibid.*

⁴⁹ - La Commission a développé des instruments lui permettant de recenser les avis d'experts scientifiques, ex. Scientific information for Policy support in Europe (SINAPSE), <http://europa.eu/sinapse/sinapse/index.cfm>, ou encore le Registre public des groupes d'experts de la Commission, <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?lang=FR>

⁵⁰ - H. Rosa, *op. cit.*, p. 323.

⁵¹ - P. Magonette, *Le régime politique de l'Union européenne*, 3^e éd., Les presses de Sciences Po, 2009, p. 256.

⁵² - Sur ce point v. S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *op. cit.*, pp. 55 et s.

mécanismes ne sauraient être mis en œuvre si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu (imposant par exemple l'adoption de règles uniformes). Ajoutons que les dures réalités économiques peuvent avoir raison de la fascination exercée sur certaines institutions par l'autorégulation. Ainsi, la confiance imprudemment placée dans la capacité des acteurs des marchés financiers et des agences de notations à évaluer et gérer les risques a été rudement mise à mal par la crise depuis 2008. Ce constat a conduit le législateur de l'Union à reprendre la main en adoptant une série de textes contraignants⁵³.

La démocratie administrative vise à faire émerger le bien commun en « milieu complexe ». Ses promoteurs entendent fonder l'acceptabilité des décisions publiques notamment sur le « sentiment d'équité procédurale »⁵⁴. Elle est également censée contribuer à la responsabilisation des citoyens dans leur rapport à la chose publique. Il ne faut cependant pas omettre de souligner que ce discours fait naître des espérances qu'il lui est parfois difficile de combler. En ce sens, la « citoyenneté administrative » est souvent plus un vecteur de rationalisation de l'action des pouvoirs publics qu'un « instrument de réalisation de l'exigence démocratique ». A cet égard, que dire de cette transparence dont les exigences poussées à l'absurde pourraient faire de l'espace panoptique, imaginé par Bentham, le pire de nos cauchemars⁵⁵. Au-delà, la démocratie administrative ne parvient qu'imparfaitement à réduire la distance séparant le « moment délibératif » de la phase décisionnelle, elle-même comprise dans un « espace de négociation fermée »⁵⁶. On assiste alors à un retournement cruel de la perspective, le citoyen ne recevant de droits que pour finalement conforter l'autorité de l'administration.

⁵³ - F. Martucci, p. 79, évoque le cas des *Credit default swaps* dont les insuffisances ont justifié l'adoption d'un règlement n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, *JOUE*, n° L 86, 24 mars 2012, p. 1.

⁵⁴ - J.-B. Auby, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵ - A. Dufourmantelle, *Défense du secret*, Manuels Payot, 2015, p. 127.

⁵⁶ - J. Chevallier, « de l'administration démocratique à la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 227.