

TRANSPARENCE ET PARTICIPATION DU PUBLIC EN FRANCE ET AUX ÉTATS-UNIS

Pistes initiales et premiers résultats d'une recherche en cours

Dominique Custos

La présente recherche porte sur l'articulation entre participation et transparence dans la démocratie administrative. Elle vise à déceler les liens et pressions systémiques qui caractérisent le déploiement de deux volets de la démocratie administrative, la transparence et la participation, à partir des exemples français et américain.

Elle part d'une catégorisation des liens directs ou indirects entre participation et transparence. Cet effort de classification repose sur la prise en compte de quatre types de transparence.

Elle s'intéresse ensuite à l'exemple américain.

Elle explique que le tandem initial participation-transparence s'est mué en 2009 en triptyque: transparence, participation, coopération et se demande si ledit triptyque ne cache pas un nouveau tandem.

Elle note le caractère unitaire de la construction de la démocratie administrative américaine. En effet, les deux termes de l'articulation sont posés dans le texte fondateur de l'*American Procedure Act* de 1946, et se déploient les décennies suivantes par cercles concentriques qui révèlent surtout d'autres composantes de la transparence.

Elle fait remarquer que le mécanisme de garantie de la démocratie administrative à l'américaine est essentiellement juridictionnel.

Elle se penche enfin sur l'exemple français.

Elle note la différence fondamentale qui caractérise le séquencement de la démocratie administrative en France. Il s'agit d'une construction doublement plurielle. D'une part, les voies parallèles empruntées par la participation (lois de 1976 et 1983) et la transparence (lois de 1978 et 1979) à partir des années 1970, continuent d'être creusées. D'autre part, la participation connaît un développement inégal s'inscrivant dans deux séries législatives distinctes : elle est obligatoire et de rang constitutionnel en matière environnementale, facultative et de rang législatif ou confinée à la pratique administrative dans les autres matières.

Elle fait remarquer que le mécanisme de garantie de la démocratie administrative à la française fait une place centrale à des autorités administratives indépendantes lesquelles, en tant que catégorie institutionnelle, constituent une transplantation en provenance des États-Unis.

Pour respecter l'esprit de la conférence-débat organisée par le CDPC, à savoir la présentation d'un travail en cours, les développements qui suivent se focalisent sur la catégorisation qui nourrit cette étude comparative.

I. La catégorisation des liens entre transparence et participation

A) Définition des termes

La participation concerne aussi bien la décision individuelle que la décision réglementaire ou d'espèce. Dans le cadre de la décision individuelle, elle concerne un nombre plus restreint de personnes (destinataires désignés et tiers intéressés) et l'organisation de son régime pose en particulier la question de la reproduction maîtrisée du modèle de la décision juridictionnelle. Pour l'heure, la recherche se concentre sur la décision publique réglementaire et d'espèce, celle qui précisément est susceptible de donner lieu à participation du public. En matière réglementaire et de décision d'espèce, la participation s'entend de l'intégration/contribution du public à un processus décisionnel, que ce soit à l'initiative de l'administration ou par déclenchement par voie de pétition des membres du public adressée à l'autorité administrative ou de proposition soumise par un organe spécialisé. Elle peut consister en une forme mineure, la participation confinée à des participants sélectionnés pour leur expertise et ou leur représentativité. Quand elle fait appel à l'investissement direct du public sous forme d'enquête publique, de concertation, de débat et de consultation publique, elle revêt sa forme majeure. La transparence s'entend de l'accessibilité d'une information qu'il s'agisse de la substance de cette information ou de la procédure d'élaboration de celle-ci. Une définition plus précise passe par la distinction de plusieurs types de transparence. Ce travail de précision révèle des degrés divers d'articulation entre transparence et participation.

B) Les types de transparence

1. *Transparence-participation, composante information intrinsèque de la participation. Liaison directe*

Cette transparence intrinsèque intervient dans le cadre d'un processus décisionnel donné et ses véritables bénéficiaires sont les participants réels dudit processus alors même que la publication du projet de décision peut s'adresser au départ au public dans son entier. Cette forme consubstantielle de transparence se déploie au cours des phases successives du processus décisionnel participatif. Elle est l'accessoire indispensable à la participation. Transparence-participation et participation entretiennent l'une et l'autre un lien nécessaire.

2. *Transparence-motivation, expression des motifs de la décision. Elle peut être conçue ou bien en liaison ou bien indépendamment de la participation.*

a. Liaison directe

Tout d'abord, la transparence-motivation peut aller de pair avec la transparence-participation (forme majeure de la participation) en ce que l'articulation du raisonnement fondant la solution finalement retenue témoigne de la prise en compte des observations présentées dans le cadre de la procédure participative. En tant que reflet du sérieux et de la qualité de la participation, elle remplit une fonction de renforcement de la légitimation tirée du principe participatif lui-même. La construction argumentée des motifs à la lumière des commentaires reçus rejoaillit sur le style de la décision administrative : le nombre et la consistance des critiques peuvent conduire à une motivation détaillée. Cette transparence-motivation se déploie en une seule fois, en aval du processus décisionnel. Son utilisation dans le cadre du contentieux, comme argument procédural ou comme argument de fond, en fait un renfort précieux du principe de participation.

b. Absence de liaison

Par ailleurs, elle peut coexister avec un processus décisionnel baignant dans l'unilatéralité. Dans un tel contexte, sa fonction de légitimation reste simple. L'explicitation de son raisonnement à laquelle elle constraint l'administration l'aide à combattre l'impression d'arbitraire qui pourrait naître du principe unilatéral de l'action. En outre, comme elle est susceptible de servir d'arme contentieuse, elle conforte le contrôle juridictionnel de l'action administrative. Mais ici, comme la motivation n'est pas l'aboutissement d'un débat, elle ne se construit pas dans la continuité d'une interaction préalable. Son impact sur la structure formelle de la décision est moindre quoique l'administration puisse la détailler.

3. *Transparence-mise à disposition de documents administratifs. Elle connaît deux modes de déclenchement selon qu'elle est réactive ou proactive. Liaison indirecte*

Si elle intervient en réponse à une demande spécifique d'information en provenance d'un membre du public, elle porte sur un document administratif particulier. Sans cette sollicitation extérieure de la demanderesse, l'administration ne dévoilerait rien. Qui plus est, le voile n'est levé qu'à l'égard de la personne qui met à profit son droit d'accès. La demande est elle-même révélatrice d'une certaine connaissance des rouages administratifs sinon d'une certaine curiosité à leur égard. Cette transparence suscitée peut affecter non seulement les autorités administratives de décision mais encore les organes de consultation.

Plutôt que d'être suscitée par une demande, la transparence peut également consister en une mise à disposition spontanée de documents administratifs et de données publiques à l'intention du public. Auto-générée, la mise à nu est offerte. Reste à savoir si le public se contente de voir ou entreprend de regarder l'information ainsi offerte.

Les champs d'application respectifs de la mise à disposition provoquée et de la mise à disposition spontanée peuvent être exclusifs l'un de l'autre¹. L'exclusion de l'information spontanée de la liste des documents communicables révèle un présupposé : la consultation préalable des données en libre accès avant la formulation d'une requête visant à obtenir un document. Autrement dit, l'interdiction du cumul des deux modalités de la transparence-mise à disposition cache la présomption selon laquelle le citoyen administratif ne se contente pas de voir l'information en accès libre mais la regarde, sinon la scrute.

Qu'elle s'inscrive dans une logique de demande ou dans une logique d'offre, la mise en oeuvre de cette transparence tend à reproduire les inégalités dans la maîtrise de la machine administrative, si elle ne s'accompagne pas d'un dispositif d'incitation à la recherche de documents administratifs et d'aide à la compréhension de l'information.

L'articulation de la transparence-mise à disposition d'informations (suscitée ou spontanée) avec la participation est distanciée mais néanmoins cruciale. À plusieurs égards, la transparence-mise à disposition crée un cadre général favorable à la participation. D'abord parce que, s'agissant d'un processus de participation donné, elle peut se révéler utile comme source supplémentaire d'informations servant à étayer l'argumentation des participants concernant le projet de décision administrative. Ensuite, en tant qu'élément de la culture politico-administrative, son existence, de par la connaissance et la familiarité qu'elle procure à ceux qui exercent le droit d'accès et consultent les informations spontanément offertes, peut avoir un effet incitatif quant à l'activation des ressources participatives. Le climat général de transparence assuré par la mise à disposition soutient la participation à la décision administrative un peu comme l'information des électeurs conditionne le bon

¹ L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 dispose également que « *le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique* ». Par conséquent, la communication suppose l'absence de diffusion publique. CE, Sect., 17 janvier 1986, *Ministre Economie et Finances c/ SA Dumons*, n°62282.

fonctionnement de la démocratie politique. Qui dit citoyen administratif informé dit citoyen administratif participant actif. La transparence-mise à disposition est au service d'une démocratie administrative effective.

Ainsi, à l'instar de la Convention d'Aarhus, la Charte de l'environnement de 2005, établit la liaison entre la transparence dérivant de la faculté d'accéder aux documents et la participation. Son article 7 prévoit que « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

4. Transparence-publicité des délibérations des autorités administratives de décision ou de consultation Liaison indirecte

Elle donne au public le droit d'assister aux séances de l'autorité. Il s'agit de la forme la plus achevée de transparence car le droit qu'elle fonde touche au cœur du processus décisionnel². La posture de l'offre qui la sous-tend est encore plus puissante qu'en matière de transparence proactive parce qu'en l'occurrence les autorités concernées discutent et votent sous l'oeil du public. Compte tenu de sa place dans l'échelle des mécanismes de transparence, il est difficile de la concevoir comme opérant de façon isolée. En réalité, elle s'ajoute aussi bien à d'autres formes de transparence qu'à la participation et se situe plus au stade du parachèvement de la démocratie administrative. Les délibérations ainsi exposées à l'attention du public sont ou bien celles du décideur ou celles du conseiller. S'agissant du scrutement de l'organe consultatif, la transparence se combine de manière spécifique avec la participation puisque les membres de l'instance appelée à donner un avis sont ou des experts/sages ou des représentants des parties prenantes qui sont intervenus dans le cadre de la participation. Dans une telle hypothèse, la transparence-publicité des délibérations vient faire contrepoids à la participation limitée aux experts et représentants de parties prenantes. En effet, la transparence s'inscrit comme compensation et contrôle de l'insuffisance de cette forme de participation.

Au total :

L'articulation entre transparence et participation est directe et indispensable dans un seul cas : celui de la transparence-participation (forme majeure).

Elle est directe mais facultative quoique souhaitable concernant la transparence-motivation. Elle demeure désirable parce qu'elle renforce la fonction de légitimation de la participation.

Elle est indirecte mais utile quand il s'agit de transparence-mise à disposition sollicitée ou spontanée. Elle reste utile parce qu'elle fournit à la participation un milieu propice à son épanouissement.

Enfin elle est également indirecte mais utile concernant la transparence-publicité. Son utilité est cependant contestable si elle incite les décideurs publics à des stratégies de contournement.

L'articulation présente une gradation dont les deux extrémités sont :

Minimale : transparence-participation

Maximale : transparence-publicité

² Henry H., Perritt, James A. Wilkinson, Open Advisory Committees and the Political Process: The Federal Advisory Committee Act After Five Years, 63 Georgetown Law Journal 725, 737 (1975).

Bibliographie indicative :

OUVRAGES ET ARTICLES

- Agustí Cerrillo-i-Martínez, The Reuse of Public Sector Information in Europe and its Impact on Transparency, 18 *European Law Journal* 770 (2012)
- Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information. The law, the practice and the ideal*, Cambridge University Press, 4th edition, 2010
- Cary Coglianese, Heather Kilmartin, Evan Mendelson, Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the new administration, 77 *George Washington Law Review* 924 (2009)
- Conseil d'État, Consulter autrement, Participer Effectivement, Rapport public, 2011
- Lucie Cluzel-Métayer, Les enjeux juridiques de l'open-data en France, Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes, Cycle : Les valeurs du droit public, 15 avril 2013, date de consultation : 12 mars 2014
- Mark Fenster, The Transparency Fix: Advocating Legal Rights and Their Alternatives in the Pursuit of A Visible State, 73 *U. Pitt. L. Rev.* 443 (2012)
- William Funk, Public Participation and Transparency in Administrative law – Three examples as an object lesson 61 *Administrative Law Review* 171 (2009)
- William Gilles, Les critères d'éligibilité du partenariat pour le gouvernement ouvert, Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes, Cycle : Les valeurs du droit public, 15 avril 2013, date de consultation : 12 mars 2014
- Carol Harlow, Freedom of Information and Transparency as Administrative and Constitutional Rights, 2 *Cambridge Y. B. Eur. Legal Stud.* 285, 1999-2000
- Tanurah Khaitan, Dhvani Mehta, A comparative Survey of Procedures for Public Participation in the Lawmaking-process. Report for the National Campaign for People's Right to Information (NCPRI), Oxford University, April 2011: http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/A_Comparative_Survey_of_Public_Participation_in_the_Legislative_Process.pdf, date de consultation: 12 mars 2014
- Richard Murphy, Enhancing the Role of Public Interest Organizations in Rulemaking Via Pre-Notice Transparency, 47 *Wake Forest Law Rev.* 681 (2012)
- Susan Rose-Ackerman, Thomas Perroud, Policymaking and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence, and Impact assessment, 19 *Columbia Journal of European Law* 223-309 (2013)
- Jennifer Shkabatur, Transparency with(out) Accountability: Open Government in the United States, 31 *Yale Law and Policy Review* 79 (2102)
- Eric W. Welch, The Relationship between Transparent and Participative Government: A Study of Local Governments in the United States, 78 *International Review of Administrative Sciences* 93 (2012)
- Zoller Elisabeth, Le principe de transparence et les nouvelles technologies de l'information aux États-Unis, Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes, Cycle : Les valeurs du droit public, 15 avril 2013, date de consultation : 12 mars 2014

TEXTES

- Presidential Memorandum, Transparency and open government, 74 Fed. Reg. 4685, (Jan. 21, 2009)
- Directive, Open Government, OMB Memorandum M-10-06 (Dec. 8, 2009)
- Presidential Memorandum, Building a 21st Century Digital Government, (May 23, 2012)
- Executive Order -- Making Open and Machine Readable the New Default for Government Information, 78 FR 28111, (May 9, 2013)
- Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etablab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques, JORF n. 0123, 27 mai 2001, p. 9120.