

LA PRATIQUE DES CONSULTATIONS SUR INTERNET PAR L'ADMINISTRATION

Hafida Belrhali-Bernard

E.N.A. | *Revue française d'administration publique*

**2011/1 - n° 137-138
pages 181 à 192**

ISSN 0152-7401

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2011-1-page-181.htm>

Pour citer cet article :

Belrhali-Bernard Hafida , « La pratique des consultations sur Internet par l'administration » ,
Revue française d'administration publique, 2011/1 n° 137-138, p. 181-192. DOI : 10.3917/rfap.137.0181

Distribution électronique Cairn.info pour E.N.A..

© E.N.A.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

LA PRATIQUE DES CONSULTATIONS SUR INTERNET PAR L'ADMINISTRATION

Hafida BELRHALI-BERNARD

Professeure de droit public à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble

Résumé

Les consultations sur internet connaissent un réel développement favorisé par deux facteurs : dans une démarche de simplification du droit, elles apparaissent comme un substitut aux consultations institutionnelles en France et, en tant que consultations ouvertes, elles font l'objet d'une incitation forte au niveau international. Toutefois, envisager l'essor durable de ces consultations nécessite de répondre à deux interrogations qui prennent en compte les risques qu'elles présentent : quelles limites fixer à leur égard et quel droit leur appliquer ?

Mots clés

Consultation, administration numérique, internet, commissions, procédure, démocratie

Abstract

— *Government use of online consultations* — *There has been considerable growth in the number of online consultations, for two reasons : as part of efforts to simplify laws, they offer an alternative to institutional consultations in France and, being open consultations, they are strongly encouraged at international level. Nevertheless, for the number of consultations to continue to grow in the long term, it will be necessary to answer two questions which take into account the potential risks : what should be the limits to online consultations and which law should apply ?*

Keywords

Consultation, e-government, internet, committees, procedure, democracy

Le recours à internet pourra-t-il offrir une nouvelle jeunesse aux pratiques de consultation ? La multiplication, ces dernières années, de consultations réalisées en ligne par des autorités administratives démontre l'intérêt porté à ce procédé. En 2008, a été organisée une consultation en ligne dans le cadre du débat national sur l'avenir de la fonction publique. L'année suivante, les acheteurs publics ont pu faire part de leurs

observations sur les modifications envisagées du code des marchés publics. En 2009 également, les parties intéressées sont sollicitées sur les textes d'application de la loi de développement et de modernisation des services touristiques ; le ministère de l'enseignement supérieur a, quant à lui consulté par courriel les enseignants-chercheurs sur la stratégie nationale de recherche et d'innovation. En 2010, une consultation est organisée pour concevoir le Plan national d'adaptation au changement climatique. Les autorités de régulation (AMF, ARCEP, CRE...) pour leur part utilisent abondamment ces consultations en ligne ¹. Quant à la Commission nationale du débat public, elle propose par exemple aux internautes de fournir une contribution écrite ou de poser des questions dans le cadre du débat public sur le réseau de transport public du Grand Paris. Les collectivités territoriales multiplient également les bonnes pratiques de consultations en ligne par exemple dans le cadre d'une démarche « Agenda 21 » ².

Après le développement de l'administration électronique, qui offre des prestations en ligne aux administrés-usagers, la démocratie administrative électronique ³ permet de consulter les administrés-citoyens et d'envisager un « e-gouvernement » ⁴. Les consultations en ligne constituent des pratiques très diversifiées. Elles sont à ce jour utilisées comme des procédés d'enquête, de sondages, pour recueillir propositions et réactions ou pour contribuer à définir le contenu d'une politique publique ⁵. Dans ces hypothèses, l'élaboration d'un texte n'est pas nécessairement en cause ; elle pourra éventuellement s'avérer utile, *a posteriori*, pour tirer les conséquences des remarques formulées. Au-delà de la sphère administrative, le débat sur l'identité nationale lancé en 2009 a ainsi inclus une consultation en ligne qui, comme le principe même de ce débat, a été critiquée et n'a pas amélioré l'image des consultations électroniques ⁶. Dans d'autres hypothèses, qui retiendront particulièrement l'attention, les consultations en ligne ont un objet plus précis : elles portent sur un projet d'acte et correspondent davantage à l'idée de démocratie administrative électronique. Selon l'objet de la consultation, le public visé peut également varier. Tantôt les consultations sont ouvertes à tous (sans condition d'âge, de nationalité ou de qualité... autre que celle d'internaute), tantôt les consultations – en particulier lorsqu'elles portent sur l'élaboration d'un texte – ont un public ciblé constitué par les personnes

1. V. Auby (Jean-Bernard), « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, 2010, n° 4, p. 2. Pour l'ARCEP, l'article L. 32-1-III du code des postes et des communications électroniques exige l'organisation d'une consultation publique avant l'adoption des « mesures ayant une incidence importante sur un marché ». V. également les sites de ces différentes autorités.

2. V. par exemple, <http://agenda21.seine-saint-denis.fr>. Sur le site de l'Agence régionale des technologies et de la société de l'information – Île-de-France (Artesi), v. la fiche 8 « Consultation en ligne des citoyens » à destination des collectivités territoriales (<http://www.artesi.artesi-idf.com/public/article/fiche-8-consultation-en-ligne-des-citoyens.html?id=5344>).

3. V. Oberdorff (Henri), *La démocratie à l'ère numérique*, Grenoble, PUG, 2010, p. 75 s. et Sablière (Pierre), « Nul n'est-il censé ignorer internet ? », *AJDA*, 2010, p. 127. V. aussi Homburg (Vincent), *Understanding e-government. Information systems in public administration*, Taylor & Francis, p. 94.

4. Voir Benyekhlef (Karim), « L'administration publique en ligne au Canada : précisions terminologiques et état de la réflexion », *RFAP*, n° 110, 2004, p. 267 s.

5. Le Centre d'analyse stratégique propose de généraliser les dispositifs de délibération médiatisés par internet. V. Centre d'analyse stratégique, *La participation des citoyens et l'action publique*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 80. Le recours aux cyberconsultations n'est pas réservé aux autorités administratives : le législateur peut également utiliser ce procédé. Ainsi, la commission des lois de l'Assemblée nationale recueille-t-elle les suggestions de réformes de simplification d'internautes sur le site <http://simplifionslaloi.assemblee-nationale.fr>.

6. Le site debatidentitenationale.fr soumet la question « Pour vous, qu'est-ce qu'être français ? » et recueille des suggestions sur ce débat. V. Landrin (Sophie), V. Van Eeckhout (Laëtitia), « Identité nationale : afflux de messages... parfois épineux », *Le Monde*, 13 novembre 2009 ; « Identité nationale : M. Fillon cherche une voie de sortie », *Le Monde*, 9 février 2010.

intéressées par ce texte. Les modalités techniques de virtualisation de la consultation offrent également une grande diversité : envoi de courriels, forum en ligne sur un portail ou un site internet et transmission de documents sont communément utilisés en France. D'autres procédés sont envisagés par exemple au Canada pour se substituer aux modalités traditionnelles de consultation (audiences publiques, contrôles d'approbation référendaire...) ⁷. Les cyberconsultations ne sont toutefois envisageables que dans certains cas : si les textes régissant la consultation n'en précisent pas les modalités, et ne rendent donc pas obligatoire une réunion d'individus ; si, au contraire, ils prévoient expressément la possibilité d'une cyberconsultation ou encore si la consultation n'est pas obligatoire et peut donc être organisée de manière facultative et par quelque procédé que ce soit.

Il est trop tôt pour dire si le développement des consultations sur internet constitue une évolution fondamentale ou mineure, voire un simple effet de mode. Alors que les études relatives à la démocratie électronique dans le champ politique sont nombreuses, notamment à propos du vote électronique, les juristes s'intéressent peu au développement de la démocratie administrative dans son lien avec internet. Pourtant les modalités de consultations électroniques commencent à bénéficier d'une assise textuelle. Ainsi, la participation du public dans le cadre d'une enquête publique peut-elle se faire par voie électronique (article L. 123-13 du code de l'environnement). De plus, l'article L. 120-1 du code de l'environnement, issu de la loi Grenelle II, affirme que « les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement » et prévoit une publication du projet par voie électronique. Surtout, l'attractivité des consultations en ligne devrait être renforcée par la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011 ⁸, qui intègre certaines propositions du rapport Warsmann de 2009. L'article 16 de cette loi prévoit qu'une autorité administrative pourra recourir à une consultation sur internet au lieu de réaliser la consultation obligatoire d'une commission consultative exigée par les textes.

Comme l'usage des nouvelles technologies en général, les consultations sur internet suscitent simultanément espoir et inquiétude. L'enthousiasme suscité par internet paraît parfois excessif mais les craintes formulées peuvent l'être tout autant, négligeant le fait que toute innovation engendre des appréhensions qu'elle surmonte. En tentant d'éviter l'un et l'autre de ces écueils, il s'agit ici de s'interroger sur l'intérêt de tels procédés dans le cadre d'une réflexion sur la démocratie administrative. Il apparaît alors que, si le recours aux consultations en ligne est aujourd'hui favorisé, leur avenir est néanmoins conditionné. Après avoir précisé les facteurs à l'origine du développement de ces consultations électroniques, on évoquera donc les interrogations qui pèsent sur leur essor.

LES FACTEURS À L'ORIGINE DU DÉVELOPPEMENT DES CONSULTATIONS SUR INTERNET

Le développement des consultations en ligne résulte de deux mouvements. S'opposant aux consultations institutionnelles traditionnelles, les consultations sur internet sont aujourd'hui préférées et encouragées en France dans un objectif de simplification. Au-delà

7. Trudel (Pierre) dir., *Guide pour maîtriser les risques juridiques des cyberconsultations*, p. 96 s. disponible sur <http://www.chairelwilson.ca/publications/cyberguide.pdf>.

8. Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, 18 mai 2011, p. 8537.

du cas français, les consultations en ligne sont favorisées par le renforcement de la démocratie administrative remarqué dans différents États et au niveau international. Le développement des consultations sur internet résulte à la fois d'une démarche de simplification, en relation avec le déclin des commissions administratives et d'une tendance favorable aux consultations ouvertes, signe d'une éventuelle globalisation de la procédure d'élaboration des actes administratifs.

Consultations sur internet, simplification et déclin des commissions administratives

Le rapport Warsmann a formulé de nombreuses propositions de simplification du droit dont certaines concernent les procédures consultatives. Comme d'autres réflexions, menées notamment au sein du Parlement⁹, ce rapport dénonce la multiplication des organes consultatifs et la lourdeur des procédures consultatives. Cette disgrâce qui affecte les consultations institutionnelles met en exergue les inconvénients des commissions administratives consultatives : coûteuses, parfois inutiles ou endormies, les commissions rendent des avis, tantôt facultatifs, tantôt obligatoires, rarement conformes. Perçu négativement, le formalisme de ces consultations retarde la prise de décision et fait encourir un risque contentieux en cas de non respect des procédures¹⁰.

La démarche de simplification du droit inclut donc une réforme des procédures consultatives consistant non seulement à unifier le régime juridique des procédures consultatives, mais également à supprimer un grand nombre de commissions administratives rattachées à l'administration centrale ou déconcentrée¹¹. Le rapport Warsmann, rejoignant des recommandations du Conseil d'État¹², a préconisé en outre de restreindre le champ des consultations obligatoires et, en contrepartie, de pratiquer des consultations ouvertes. Celles-ci doivent présenter les avantages de la consultation institutionnelle (recueillir les avis des personnes intéressées, ou du public dans son ensemble, pour favoriser une meilleure acceptabilité et une meilleure qualité de la norme), mais non ses inconvénients. Les consultations ouvertes sont donc conçues comme un moyen de simplifier le droit, dans la mesure où elles offrent une plus grande liberté à l'administration pour organiser ces procédés. Elles se développent dans l'élaboration même des politiques publiques qu'il s'agisse des débats publics, des « Grenelle », des jurys citoyens... mais passent également par des consultations sur internet. Celles-ci présentent divers intérêts. Leur coût est réduit, alors que celui des organes consultatifs est mis en évidence dans le cadre de la révision générale des politiques publiques¹³. Le public consulté *via* internet peut être nombreux et diversifié. En outre, la consultation en ligne évite les difficultés de

9. Marc (François), Moreigne (Michel), *Les commissions et instances consultatives ou délibératives placées directement auprès du Premier ministre : une nécessaire rationalisation*, Sénat, Rapport d'information n° 244, 15 février 2007.

10. Warsmann (Jean-Luc), *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, Paris, La documentation française, 2009, p. 35 s.

11. V. Belrhali-Bernard (Hafida), « Les procédures consultatives face à la simplification », in Rueda (Frédérique), Pousson (Jacqueline) dir., *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, LGDJ, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 293 s.

12. Conseil d'État, *Rapport public 2009*, tome 1, Paris, La documentation française, 2009, p. 56.

13. V. Marcus (Édouard), « Deux ans de modernisation de l'État », *RFDA*, 2007, p. 457. Sur les bénéfices des consultations en ligne au niveau local et une comparaison avec l'organisation de réunions publiques, v. Desquinabo (Nicolas), « La consultation en ligne sur la charte du Parc naturel régional de Camargue : premières analyses », disponible sur <http://afeid.montpellier.cemagref.fr/>.

l'organisation de réunions¹⁴ et permet un gain de temps car l'autorité administrative fixe elle-même la date de clôture de la consultation, au lieu d'attendre un avis.

La loi de simplification du droit du 17 mai 2011 constitue une étape supplémentaire dans la réforme des procédures consultatives. Elle comporte une nouvelle simplification du régime juridique des consultations en limitant les effets de certaines irrégularités¹⁵ et supprime d'autres commissions administratives¹⁶. De surcroît, elle reconnaît la consultation sur internet comme un succédané de la consultation institutionnelle lorsque l'avis d'une commission est requis par un texte avant l'édiction d'un acte réglementaire. En effet, « lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édiction d'un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site internet, les observations des personnes concernées »¹⁷. Alors que la proposition de J.-L. Warsmann mentionne des consultations ouvertes « sur un site internet et par tout autre moyen », la commission des lois de l'Assemblée nationale a supprimé la référence aux modalités autres qu'internet, le rapporteur ayant considéré que « les autres moyens (réunions publiques, cahiers de suggestions, etc.) n'apportent pas les mêmes garanties de publicité générale »¹⁸.

Les cyberconsultations ont ainsi été privilégiées et viennent concurrencer les consultations institutionnelles. Celles-ci ne disparaissent pas pour autant. D'une part, la consultation en ligne ne pourra pas se substituer à celle de certaines commissions. D'autre part, l'administration sera d'autant plus encline à recourir à la consultation en ligne qu'elle pourra la cumuler avec une consultation institutionnelle. Plus précisément, l'ouverture d'une consultation en ligne valant saisine de la commission administrative intéressée, celle-ci pourra dès lors rendre un avis alors même qu'une consultation est ouverte au public, et participer elle-même à cette consultation.

L'essor des procédures consultatives sur internet se rattache d'abord à l'objectif de simplification mais le dépasse. Les consultations en ligne n'offrent pas seulement des modalités plus simples que les consultations institutionnelles, elles relèvent d'une conception différente de la démocratie administrative, plus participative que représentative. En adoptant une pratique des consultations sur internet, l'administration française répond aussi

14. V. par exemple les perturbations de certaines réunions publiques dans le cadre du débat public sur les nanotechnologies (Le Hir (Pierre), « Le débat public sur les nanotechnologies risque de tourner court », *Le Monde*, 11 décembre 2009).

15. Voir l'article 70.

16. Voir l'article 67.

17. L'article 8 de cette proposition précise : « Au terme de la consultation, elle établit une synthèse des observations qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires. Cette synthèse est rendue publique.

Cette consultation ouverte se substitue à la consultation obligatoire en application d'une disposition législative ou réglementaire. Les commissions consultatives dont l'avis doit être recueilli en application d'une disposition législative ou réglementaire peuvent faire part de leurs observations dans le cadre de la consultation prévue au présent article. Sans préjudice du dernier alinéa, la décision d'organiser une consultation ouverte vaut saisine des commissions consultatives compétentes.

Demeurent obligatoires les consultations concernant une autorité administrative indépendante, celles qui requièrent un avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, qui constituent une garantie d'une exigence constitutionnelle, celles qui traduisent un pouvoir de proposition et celles mettant en œuvre le principe de participation.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article, notamment les modalités d'organisation de la concertation, dont la durée ne peut être inférieure à quinze jours. »

18. Blanc (Étienne), *Rapport sur la proposition de loi de simplification et de clarification du droit*, n° 2095, Assemblée nationale, 24 novembre 2009, p. 107.

à une influence internationale en la matière et participe à une forme de globalisation de la procédure d'élaboration des décisions administratives.

Consultations sur internet, globalisation et développement des consultations ouvertes

L'influence internationale et de droit comparé sur la procédure administrative non contentieuse est souvent négligée. Or, le renouveau des procédures de consultation permet de s'intéresser à une éventuelle globalisation en matière d'élaboration des actes administratifs. Un « nouvel esprit de la démocratie »¹⁹ affecte les procédures d'élaboration des décisions publiques et favorise les consultations ouvertes. Des convergences apparaissent entre l'action incitative d'organisations internationales²⁰ et certains systèmes nationaux.

Les institutions de l'Union européenne développent des procédés de consultation du public, et en particulier de consultation en ligne. Les appels à consultation lancés par la Commission sont recensés sur la page *your voice* de son site internet. Pour les consultations en cours, sont mentionnés l'objet de la consultation, la politique ou la matière concernée, le public cible et la date de clôture. Sont ainsi annoncées pour 2011 des consultations sur le livre vert relatif à l'avenir de la TVA, le futur co-financement de Natura 2000, ou encore les conclusions du cinquième rapport sur la cohésion économique et sociale. Pour les consultations achevées, ces informations sont complétées par une rubrique « suivi ». Par ailleurs, la Commission européenne s'est dotée de principes généraux et de normes minimales applicables aux consultations. À partir des principes de participation, d'ouverture et de responsabilité ainsi que d'efficacité, la Commission énonce des normes qui intéressent notamment la clarté de l'objet de la consultation. Ainsi « toute communication dans le cadre de la consultation doit être claire et concise et comporter toutes les informations nécessaires pour faciliter les réponses ». De plus, lorsqu'elle entend désigner le(s) groupe(s) cible(s) de ses consultations, la Commission doit veiller à ce que les parties concernées aient la possibilité d'exprimer leur opinion. Quant à la publication des consultations, la Commission doit assurer une publicité adéquate à des fins de sensibilisation et adapter ses moyens de communication aux besoins du public cible. Les consultations publiques ouvertes doivent en principe être accessibles sur internet et annoncées sur la page du « point d'accès unique ». En outre, est exigé un délai suffisant pour l'organisation de la consultation et la réception des contributions écrites. La Commission doit s'efforcer de prévoir un délai d'au moins huit semaines pour la réception des réponses aux consultations publiques écrites, ainsi qu'un préavis de vingt jours ouvrables pour les réunions. Enfin, non seulement un accusé de réception des contributions doit être fourni, mais les résultats de la consultation publique ouverte doivent également être diffusés sur internet²¹. Le traité de Lisbonne a d'ailleurs consacré la place des consultations publiques en exigeant que les institutions « donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union » (article 11.1). Les consultations en ligne sont donc utilisées pour débattre du contenu de livres verts et de livres blancs notamment. Mais l'Union européenne permet également aux

19. Blondiaux (Loïc), *Le nouvel esprit de la démocratie*, Paris, Seuil, 2008.

20. L'ONU développe également des consultations en ligne. V. par exemple la consultation en ligne sur le Projet des principes directeurs sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté : http://www.un-ngls.org/spip.php?page=article_fr_s&id_article=1655.

21. Commission européenne, *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue. Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*, COM(2002) 704.

citoyens de prendre l'initiative en matière de proposition et de discussion de nouvelles réglementations dans le cadre du programme « TID + » et conformément à l'article 11-4 du traité de l'Union européenne.

L'OCDE œuvre aussi en faveur d'une participation des personnes privées au processus normatif. La démonstration a été faite du caractère maximaliste de cette conception, par comparaison notamment avec les discours minimalistes de l'Organisation mondiale du commerce²². Les consultations de la société civile, en particulier les consultations en ligne, constituent un outil pour l'élaboration des actes du « droit administratif de l'OCDE »²³, même si elles ne sont jamais obligatoires et alors même que leur résultat n'est pas contraignant. L'OCDE s'est d'ailleurs dotée de recommandations sur la procédure de consultation en ligne qui révèlent l'importance accordée à ce procédé²⁴. Au-delà de ses propres pratiques, cette organisation incite également les États à recourir aux procédés de consultation. Elle formule « dix principes directeurs d'une consultation en ligne réussie » : il s'agit notamment de réaliser la consultation suffisamment tôt dans le processus de décision et de l'adapter au groupe cible visé, de garantir la protection des données personnelles, d'analyser les résultats, d'assurer un retour d'informations et d'évaluer le processus de consultation et ses incidences.

Des bonnes pratiques se développent à travers le monde comme autant d'exemples de l'association des citoyens à la prise de décision notamment en matière législative. L'expérience « *Today I decide* » mise en place par le gouvernement estonien en 2001 permet à tout citoyen de soumettre une proposition de loi sur un forum, discutée puis soumise au vote des internautes. S'il obtient une majorité absolue de votes favorables, le texte est transmis au ministre compétent qui doit ensuite exposer sa position dans un document argumenté. En Nouvelle-Zélande, en 2007, une procédure de révision législative (du *Police Act*) a permis grâce à la technologie de faire réécrire tout ou partie du texte de la réforme par les internautes. La technique de la pétition électronique se répand également sur les forums du Parlement d'Écosse, du Bundestag allemand ou de l'Assemblée galloise²⁵. Si ces exemples étrangers concernent essentiellement des organes législatifs et incluent des procédés d'initiative citoyenne, la consultation en matière administrative n'est pas en reste. En effet, le renouveau des procédures consultatives n'est pas un phénomène propre à la France. Le droit administratif américain et l'*Administrative Procedure Act* de 1946 prévoient différentes modalités de participation du public à l'élaboration des décisions administratives. À l'heure actuelle, les projets de réglementation sont mis en ligne sur le site internet de l'Office of Management and Budget²⁶. Le Canada connaît aussi une pratique très développée de consultation du public en amont de l'édition de textes législatifs ou réglementaires, publiés dans la Gazette du Canada. La pratique des consultations est également croissante au Royaume-Uni : « bien qu'aucune règle générale n'en impose l'usage, la loi vient ici et là imposer que la préparation de telle ou telle réglementation ou politique administrative soit précédée d'une procédure analogue à la

22. V. Dubin (Laurence), Noguellou (Rozen), « La participation des personnes privées dans les institutions administratives globales », p. 12 s., disponible sur http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/rapport_rn_id.pdf.

23. *Ibid.*

24. http://www.oecd.org/document/33/0,3343,fr_2649_34495_37540769_1_1_1_1,00.html.

25. Centre d'analyse stratégique, « La démocratie électronique en débat(s) », *La note de veille*, novembre 2008, n° 117, p. 2.

26. Sur la procédure administrative non contentieuse aux États-Unis, v. Houillon (Grégory), « Jean Rivero. Démocratie et administration », *RFDA*, 2009, p. 1061.

formule américaine du *notice and comment* »²⁷. De surcroît, le *Regulatory Reform Act* de 2001 exige une consultation dans les matières donnant lieu à simplification par la voie réglementaire. Un *Code of practice on consultation* a été élaboré par le Better Regulation Executive pour déterminer les principes d'une bonne consultation. Quant au droit espagnol, il valorise la consultation en amont de l'édition de décisions administratives et une loi du 23 novembre 1997²⁸ affirme le principe d'une telle consultation des citoyens dont les droits et intérêts légitimes seront affectés par les règlements gouvernementaux élaborés.

La comparaison des pratiques nationales et internationales en matière de consultation du public suscite deux remarques. Il existe, d'une part, une interaction entre ces niveaux. Les organisations internationales incitent les États à recourir à la consultation du public : la pratique des consultations sur internet développée en France semble ainsi largement inspirée par les pratiques de la Commission européenne²⁹ ou exigée par le droit de l'Union européenne³⁰. En parallèle, les pratiques des États peuvent influencer celles des organisations internationales : la pratique du livre vert développée au Royaume-Uni a été adoptée par les institutions européennes et le *Code of practice on consultation* a certainement inspiré les normes minimales élaborées par la Commission européenne, tandis que le programme « TID + » fait explicitement référence à l'expérience estonienne « *Today I decide* »³¹. Ces normes ainsi que les principes directeurs de l'OCDE ont pu à leur tour influencer l'élaboration de la charte de consultation sur les textes normatifs en matière de service financier du ministère de l'économie et des finances en France. Cette charte a pour objet de « préciser les conditions de participation des parties intéressées à la conception des projets de lois et de textes réglementaires en matière de services financiers »³². Ainsi, les principes de *soft law* applicables à ces consultations en ligne (et à la participation des personnes privées plus généralement) semblent illustrer de manière remarquable l'émergence d'un droit administratif global. Une comparaison plus approfondie de ces chartes, principes et normes minimales permettrait d'établir précisément leurs similitudes.

Au niveau national comme international, les consultations en ligne, comme les autres procédés de consultations ouvertes, permettent de renforcer la démocratie administrative, d'accroître la légitimité de l'action publique et de favoriser l'efficacité des normes élaborées en s'assurant en amont de leur acceptabilité sociale. Au-delà des bénéfices ainsi attendus, le devenir de ces consultations est incertain : leur essor exige la levée de certaines hypothèques.

LES INTERROGATIONS PESANT SUR L'ESSOR DES CONSULTATIONS SUR INTERNET

Le manque de recul face à ces nouvelles pratiques que sont les consultations en ligne conduit à certaines indéterminations : d'une part, le périmètre pertinent de ces consultations

27. V. Auby (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA*, 2006, n° 2, p. 9-10.

28. V. Auby (Jean-Bernard), *op. cit.*, p. 9.

29. V. Dubin (Laurence), Noguellou (Rozen), *op. cit.*, p. 11.

30. V. Auby (Jean-Bernard), « Nouvelles de la démocratie administrative », *DA*, 2010, n° 4, p. 2.

31. <http://tidplus.net/project/>.

32. http://www.dgtpe.bercy.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/haut_comite_place/hcp_charte_consultation.pdf.

mérite d'être précisé, d'autre part, les normes qui leur sont applicables restent à élaborer³³. L'avenir des consultations en ligne est donc conditionné par la détermination des limites à poser à ces pratiques et par la définition du droit qui leur est applicable.

Quelles limites pour les consultations sur internet ?

Les consultations en ligne présentent certains risques qui conduisent à en préconiser un usage limité. Entretenant une illusion égalitaire, elles peuvent en réalité conduire à des inégalités entre administrés³⁴. Cette critique n'est pas propre à ce procédé, elle découle d'observations réalisées pour différentes techniques de participation : ceux qui participent spontanément sont souvent les mieux informés et la démocratie participative semble par conséquent accentuer les inégalités préexistantes. L'accès à internet est, de plus, une source spécifique d'inégalités. Par ailleurs, les nouveaux modes de participation des personnes privées peuvent entraîner des phénomènes de confiscation, renforcer l'influence de certains groupements et s'avérer trompeurs si les citoyens sont de fait évincés, ou du moins poser problème en terme de représentativité. Les cyberconsultations peuvent en outre susciter une dérive de la démocratie vers la démagogie, révélant les dangers d'une consultation mal organisée et la nécessité de veiller à la qualité des débats sans instrumentaliser le procédé. En dernier lieu, les consultations en ligne symbolisent à la fois une crise de la démocratie représentative et de l'expertise³⁵, mais aussi une mise en cause des bienfaits de la collégialité et de la délibération. À n'envisager que les vertus de la démocratie électronique, on en oublierait l'une des limites : les consultations électroniques semblent entretenir une segmentation des intérêts, comme si la recherche du consensus était une quête vaine. Malgré leurs défauts, les organes collégiaux, qui combinent souvent représentation et expertise, ont quant à eux le mérite de réunir des points de vue différents, d'être des entités de dialogue dont la mission est d'aboutir à des positions adoptées collectivement. Toutes ces nuances méritent d'être prises en compte pour évaluer l'usage futur par l'administration de ces consultations. Celles-ci requièrent, en outre, de se doter des moyens permettant de les réaliser dans de bonnes conditions, en élaborant des documents pertinents pour la mise en ligne, en concevant les outils d'une consultation productive et en formant des modérateurs.

Ces réserves expliquent les limites envisagées à la consultation en ligne comme substitut aux consultations obligatoires de commissions administratives. La restriction du champ des consultations sur internet par la loi de simplification du 17 mai 2011 montre précisément que les deux procédés ne sont pas considérés comme équivalents. L'article 16 prévoit que certaines consultations institutionnelles demeureront obligatoires. Ainsi sont maintenues « les consultations d'autorités administratives indépendantes, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle, ou traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles mettant en œuvre le principe de participation ». Certaines de ces exclusions tiennent à la nature des organes consultatifs concernés : autorités administratives indépendantes et

33. Ces interrogations présentées ici pour le cas français sont communes à d'autres États membres de l'OCDE, v. OCDE, *op. cit.*, p. 69 s.

34. V. Vedel (Thierry), « L'internet et ses usages citoyens » in *Les nouvelles dimensions de la citoyenneté, Cahiers français*, 2003, n° 316, p. 86.

35. Internet offre une réponse technique à la crise du politique, la démocratie électronique faisant face à « une démocratie représentative fatiguée et une démocratie directe utopique », v. Vedel (Thierry), « L'idée de démocratie électronique : origines, visions, questions », in Perrineau (Pascal) dir., *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Ed. de l'Aube, 2003, p. 258.

organes de participation présentent des caractéristiques en termes de compétence et de représentation des intérêts qui expliquent leur présence dans cette liste³⁶. Lorsque les textes exigent un avis conforme ou une proposition d'une commission, la consultation sur internet ne peut être envisagée en remplacement. En effet, une telle consultation ne peut aboutir à une prise de position unique nécessaire pour un avis conforme ou une proposition. De surcroît, ces hypothèses s'apparentent à de véritables codécisions³⁷. Quant aux consultations qui constituent une garantie d'une exigence constitutionnelle, elles intéressent par exemple la mise en œuvre du principe de libre administration ou les principes affirmés dans la Charte de l'environnement, et notamment à son article 7³⁸. Enfin, l'exclusion des consultations concernant l'exercice d'une liberté publique est sans doute motivée par la volonté de laisser les questions délicates relatives aux libertés à l'appréciation d'organes collégiaux et d'éviter une instrumentalisation ou une dérive des cyberconsultations.

Les consultations en ligne en tant que pratiques émergentes méritent un développement des recherches en sciences sociales pour mieux cerner leurs limites et éclairer l'administration sur les conditions de leur pertinence. Néanmoins, de telles recherches nécessitent une meilleure accessibilité et un archivage des consultations. En effet, les résultats des consultations en ligne, comme l'ensemble de la documentation disponible sur internet, présentent une volatilité qui est un obstacle à l'analyse du phénomène. Le recensement et la traçabilité de ces consultations en ligne posent problème pour le chercheur, mais aussi pour le citoyen. La page *your voice* pourrait servir de modèle pour l'administration française : chaque ministère pourrait ainsi mettre en valeur les consultations en cours et passées. Pour mieux comprendre les limites des consultations sur internet, il serait également judicieux de tirer profit des expériences étrangères en la matière. L'expérience canadienne semble particulièrement éclairante : parce que le recours aux consultations en ligne y est plus grand, les recherches sur ce phénomène sont davantage développées au Canada. La littérature juridique canadienne³⁹ est ainsi précieuse pour envisager le droit des consultations en ligne qui reste encore à construire.

Quel droit des consultations sur internet ?

En tant qu'outil de démocratie administrative, la consultation en ligne doit être encadrée par des règles juridiques⁴⁰. Les consultations ouvertes ont, comme on l'a vu, été favorisées dans un objectif de simplification du droit, afin d'échapper au formalisme, aux lourdeurs et au risque contentieux des consultations institutionnelles. Dès lors, les cyberconsultations constituent *a priori* un facteur de « déprocéduralisation » de l'élaboration de l'acte administratif unilatéral. Un certain nombre de règles relatives au fonctionnement des commissions administratives consultatives n'auront plus lieu de s'appliquer : les règles de convocation, de suppléance, de vacance, d'audition, de vote, de mandat, de quorum sont hors de propos. Les consultations en ligne permettent donc de s'affranchir de ces contraintes.

36. Ces deux types d'instances faisaient déjà partie des organes exclus du mécanisme de suppression des commissions administratives dans le cadre de la simplification. V. l'article 1^{er} du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, *JORF*, 9 juin 2006, p. 8706.

37. Belrhali (Hafida), *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, p. 98 s.

38. Voir les exemples cités in Blanc (Étienne), *op. cit.*, p. 107 s.

39. V. Trudel (Pierre) dir., *op. cit.*

40. L'encadrement des procédures est une nécessité pour toutes les modalités de participation. Dubin (Laurence), Noguellou (Rozen), *op. cit.*, p. 26.

En revanche, d'autres règles énoncées pour les consultations institutionnelles peuvent être transposées aux consultations en ligne. Ainsi, un organe consultatif doit se prononcer en connaissance de cause et donc bénéficier de suffisamment de temps pour rendre son avis⁴¹. Pour les consultations en ligne, cette règle reste pertinente afin d'éviter les consultations purement formelles, réalisées dans des délais excessivement brefs. L'article 16 de la loi du 17 mai 2011 fait ainsi référence à une consultation en ligne qui dure au moins quinze jours. Elle mentionne également la nécessité de faire le bilan des consultations en ligne et d'en publier les résultats : ceci permettra d'évaluer la portée des recommandations formulées par les citoyens ou les parties intéressées, de constater la prise en compte ou non de leurs remarques. Il s'agit donc d'appliquer une exigence de transparence à l'issue de la consultation. Quant au déroulement de celle-ci, la sincérité de la consultation pourra faire l'objet d'un contrôle du juge portant sur la teneur des questions posées, la publicité de l'ouverture de la consultation, le caractère suffisant du délai avant la clôture de la consultation et les conséquences tirées de celle-ci. Un contentieux des consultations en ligne pourrait se développer, d'autant que les consultations ouvertes ne privent pas les personnes consultées du droit au recours⁴². Ce contrôle nécessite que la consultation soit réalisée dans des conditions techniques permettant la conservation de ces informations.

Toutefois, le particularisme des consultations sur internet rendra plus difficiles certains éléments de ce contrôle. Comment transposer les règles relatives à l'objet d'une consultation obligatoire ? Tenue de transmettre à une commission consultative l'ensemble des questions envisagées, sans insérer de questions strictement nouvelles après cette consultation⁴³, l'autorité administrative pourra-t-elle s'affranchir d'une telle exigence en cas de consultation en ligne ? La réponse devrait être négative pour les consultations en ligne venant se substituer aux consultations obligatoires de commissions⁴⁴ et positive en cas de consultation facultative. Néanmoins, la loi du 17 mai 2011 ne se prononce pas sur ce point. Par ailleurs, comment apprécier le résultat d'une consultation en ligne ? Alors que l'avis d'une commission administrative consiste en une expression de volonté unique, les résultats d'une consultation électronique sont par nature multiples et nécessitent une synthèse. L'autorité administrative dispose donc ici d'une liberté plus grande : à la fois pour interpréter ces volontés multiples, puis pour les prendre en compte dans la prise de

41. V. l'article 15 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 précité. La jurisprudence canadienne quant à elle consacre l'exigence d'accessibilité et de qualité de la consultation : ainsi la consultation pour être réelle doit mettre les personnes consultées à même de disposer de suffisamment d'informations et de temps pour exprimer leur point de vue. V. *St Patrick School Governing Board v. English Montreal School Board*, (C.S) Montréal 500-05-047788-995 (1999) cité in Trudel (Pierre) dir., *op. cit.*, p. 5. Au Royaume-Uni, la participation peut s'imposer même sans texte l'exigeant : ainsi, un acte est censuré pour ne pas avoir donné lieu à une consultation du milieu professionnel concerné. V. la jurisprudence de la Chambre des lords, *Liverpool Cpn ex p. Liverpool Taxi Fleet Operator's Association*, 1972, 2 QB 299. Cf. Fromont (Michel), *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 288. Cette solution pourrait être appliquée en l'absence de consultation en ligne.

42. La CJCE a précisé dans l'arrêt du 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla* que le fait d'avoir été consulté n'empêchait pas de former un recours contre l'acte concerné par la consultation : V. not. Aubert (Michel), Broussy (Emmanuelle), Donnat (Francis), « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA* 2009, p. 2280.

43. V. CE, 28 avril 1954, *Communes de Willer-sur-Thur et d'Altenbach*, Rec. p. 237 et pour la jurisprudence canadienne, l'arrêt *Commission scolaire de Montréal c. Copps*, Cour d'appel 500-09-011376-019 ; 500-05-065925-06, 2002-11-06, <http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2002/2002qcca10476.html>. cité in Trudel (Pierre) dir., *op. cit.*, p. 9.

44. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une commission se prononce alors même qu'une consultation en ligne a lieu, quel sera le régime applicable à chaque procédé du point de vue des avis produits ? Comment réaliser l'articulation entre les deux procédures cumulées et que faire des éventuelles contradictions ?

décision. L'intérêt du procédé est tributaire de ce que l'administration soumettra à consultation et de ce qu'elle voudra bien faire dire aux différentes contributions. Les consultations électroniques pourront-elles se voir appliquer le régime de véritables consultations distinct de celui de simples enquêtes ou sondages ? Apparaît ici un enjeu majeur du droit des consultations sur internet : soit l'on considère que ces consultations doivent répondre à des exigences de procédure, soit l'on cherche avant tout à s'affranchir des contraintes procédurales. Dans cette dernière hypothèse, le gain pour la démocratie administrative pourrait n'être qu'un faux-semblant. Sans garantie procédurale, la consultation en ligne risque de se réduire à une simple stratégie de communication, tant les liens entre procédure et démocratie sont importants⁴⁵. Seules les modalités techniques de réalisation et les conditions posées par les textes ou par la jurisprudence permettront de respecter un équilibre entre virtualisation et exigences de procédure.

Les éléments de *soft law* que constituent les chartes, normes minimales ou principes directeurs participent à la construction de ce droit des consultations en ligne. La charte de consultation sur les textes normatifs en matière de services financiers du ministère de l'économie et des finances en France, précédemment évoquée, intéresse notamment les consultations en ligne. Elle formule cinq principes : la consultation doit respecter des délais adaptés à la question posée (article 1^{er}), elle doit être transparente et suffisamment ciblée (article 2), claire et précise (article 3), elle doit faire l'objet d'un bilan permettant d'en tirer des enseignements (article 4) et un suivi doit perdurer après l'entrée en vigueur du dispositif finalement retenu (article 5). Ces principes rejoignent ceux élaborés par la Commission européenne et par l'OCDE.

Les consultations en ligne pourront de surcroît susciter l'émergence de contraintes procédurales spécifiques. Utilisant de nouvelles technologies de l'information et de la communication et des procédés de virtualisation, ces consultations nécessitent un encadrement spécifique. Elles génèrent des risques juridiques particuliers liés aux droits des personnes⁴⁶ : les atteintes à la vie privée, à l'honneur et à la réputation ou aux droits d'auteur doivent notamment faire l'objet d'une vigilance accrue pour éviter le développement d'un contentieux des consultations à la croisée du droit administratif, du droit de la propriété intellectuelle ou du droit civil. L'encadrement juridique des cyberconsultations permettra sous ces réserves de favoriser la démocratie administrative tout en protégeant les droits des personnes. Il s'agit donc d'en appeler à la fois à l'inventivité du technicien et à la créativité du juriste.

45. Auby (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA*, 2006, n° 2, p. 7.

46. À propos des données personnelles, une consultation en ligne a précisément été organisée à propos d'internet et le droit à l'oubli : <http://www.prospective-numerique.gouv.fr/place-publique>.