

## État de droit et e-gouvernement

---

**Pierre TRUDEL**\*

Introduction .....	375
1. L'administration publique virtualisée .....	376
1.1 L'orientation vers le citoyen .....	380
1.2 Les valeurs démocratiques : le respect des droits et libertés .....	381
1.3 La gestion collaborative .....	382
1.4 La mutation des repères de la légitimité .....	385
1.5 Un droit exprimé sous la forme de principes directeurs ....	387
1.6 Un droit managérial .....	388
2. Les impératifs de l'État de droit .....	389
2.1 L'actualisation des valeurs .....	390
2.2 L'accessibilité à tous les citoyens .....	391
2.3 La liberté de choix .....	392
2.4 L'équité procédurale .....	394
2.5 La qualité de l'information .....	396
2.6 La confiance .....	398
2.7 La transparence .....	402
2.8 La sécurité technique .....	405

---

\* Professeur titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, courriel : <pierre.trudel@umontreal.ca>.

2.9	La responsabilité.....	406
2.10	L'obligation de rendre compte.....	407
2.11	La subordination de la technique.....	407
2.12	La gestion équitable des risques.....	408
	Conclusion.....	409

## **Introduction**

Selon quelles exigences l'administration publique virtualisée peut-elle être tenue pour correspondre aux exigences de l'État de droit ? La virtualisation favorise une relation dans laquelle le dialogue entre l'Administration et le citoyen prend une place plus importante. Comment s'actualisent les garanties visant à assurer que l'Administration se comportera, face aux citoyens, de façon conforme aux principes et valeurs associées à l'État de droit en tenant compte des exigences du milieu virtuel ?

Les impacts des technologies de l'information sur le droit ont à ce jour été peu documentés. Mais on postule souvent qu'il existe un rapport très étroit entre l'environnement socio-technique et la façon dont le droit est perçu, conçu et appliqué dans un contexte socio-historique donné.

Les services en ligne sont marqués par des référents temporels différents de ceux de l'univers bureaucratique hérité du papier. Le phénomène d'« internetisation » des services gouvernementaux induit une tendance qui tend à déclasser les analyses fondées sur une vision hiérarchique de l'organisation gouvernementale.

Dans l'État fondé sur la domination du papier et l'imprimé, le droit de l'Administration valorise la prévisibilité et exprime un certain inconfort avec les fluctuations décisionnelles de même que l'imprécision. Le droit de l'administration électronique découle de sources différentes de celles du droit administratif reflétant les logiques de l'univers fondé sur le papier. Il est constitué d'un réseau de sources multiples fonctionnant en interinfluences et s'exprime largement au moyen de principes directeurs. Il s'exprime de plus en plus via des pratiques gestionnaires et de la normativité technique.

Les possibilités sans précédent de produire et d'échanger des informations ont des conséquences au plan du droit. Le paradigme du « flux limité et contrôlé » d'information fait place au paradigme de la disponibilité illimitée d'information. Les multiples possibilités

déoulant des réseaux tendent à supplanter l'imagerie de l'État constitué en pyramide exerçant son autorité et dispensant ses prestations à des administrés envisagés comme des assujettis. C'est dans un tel contexte qu'il importe de dégager les conditions auxquelles devrait correspondre l'environnement de e-gouvernement afin de refléter les valeurs associées à l'État de droit.

Pour être conformes aux impératifs associés à l'État de droit, les processus de l'e-Administration doivent transcrire dans le monde virtuel, les garanties et les principes qui y sont associés. Une telle transcription doit forcément tenir compte des caractéristiques des environnements en ligne et en réseaux.

Pour identifier les conditions de l'État de droit à l'égard du e-gouvernement, il est nécessaire de caractériser l'administration publique virtualisée. Qu'est-ce que la virtualisation emporte comme conséquences au regard des façons d'envisager le droit et son application ? Ensuite, dans une seconde partie, il est fait état des impératifs qui découlent de l'État de droit et qui doivent forcément se refléter dans le fonctionnement des environnements de e-gouvernement.

## **1. L'administration publique virtualisée**

La notion de e-gouvernement concerne l'accomplissement de fonctions gouvernementales en ayant recours aux possibilités offertes par les réseaux informatiques. L'expression « Administration électronique » désigne l'ensemble des services proposés en ligne par le gouvernement<sup>1</sup>. Pour Pierre Lévy,

[...] il s'agit, suivant le mouvement de l'économie et de la société civile, de rendre disponible en ligne les informations et les services que les administrations publiques doivent aux citoyens. À moins de se révéler inefficace, le passage au gouvernement

---

1 Voir GROUPE DE PROTECTION DES DONNÉES, *Document de travail sur l'administration électronique*, WP 73, 8 mai 2003, <[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/docs/wpdocs/2003/e-government.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/e-government.pdf)>.

électronique doit s'accompagner d'une véritable révolution culturelle :

- réduction des niveaux hiérarchiques,
- décloisonnement entre services et circulation fluide de l'information,
- transparence et dialogue ouvert vis-à-vis du public,
- mobilisation au service du citoyen client sur le modèle des entreprises de la nouvelle économie.

Cette re-ingénierie est passablement déstabilisatrice pour des bureaucraties dont la culture est profondément liée à l'écriture statique. La révolution mondiale du gouvernement électronique peut être rattaché à une mutation de grande ampleur qui fait de plus en plus préférer les politiques de puissance aux politiques de pouvoir.<sup>2</sup>

Cette nouvelle forme d'administration nécessite aussi que soient supprimées ou allégées un certain nombre de démarches, comme le montrent les exemples cités par le Groupe de travail *Groupe e-démocratie du Club.sénat.fr*<sup>3</sup> en ce qui concerne les fiches d'état civil, les justificatifs de domicile, les certifications conformes, les passeports, le téléchargement de formulaires en ligne, etc. Elle nécessite également que l'on s'interroge sur la façon de faire et du coup sur ce

---

2 Pierre. LÉVY, *Vers la cyberdémocratie.*, <<http://webmarmite.free.fr/cyberdemocratie.htm>>. Voir également, Danald G. LENIHAN, *Vers une nouvelle gouvernance : du cybergouvernement à la cyberdémocratie*, avril 2002, <[http://kta.on.ca/reports/ktapublication\\_april2002\\_fr.pdf](http://kta.on.ca/reports/ktapublication_april2002_fr.pdf)>. L'auteur identifie trois aspects du cybergouvernement, à savoir : 1) amélioration de la prestation des services, 2) information et, 3) cyberdémocratie. Ces aspects « déterminent de quelle manière les personnes qui s'intéressent au gouvernement sur des plans différents abordent le cybergouvernement ». Ces personnes, à savoir les protagonistes du cybergouvernement, « sont de plus en plus conscients du fait que les nouveaux réseaux et les nouvelles bases de données de TIC sont en train de créer une nouvelle infrastructure "gouvernementale" qui est à la base du cybergouvernement. Ils veulent être certains que l'on tiendra compte de leurs intérêts lorsque l'on abordera cette infrastructure », p. 10.

3 CLUB.SÉNAT.FR, *La e-démocratie, enjeux et perspectives*, Rapport remis au Sénat, 27 novembre 2002, <<http://www.club.senat.fr/rapport/rapport.pdf>>.

qui paraît nécessaire de préserver afin d'assurer la pérennité de l'État de droit dans un tel environnement virtualisé.

Kenneth Kernaghan et Justin Gunraj soutiennent que l'adoption croissante par les administrations gouvernementales des technologies de l'information prédispose les organismes publics à changer leurs structures et leurs modes de gestion<sup>4</sup>. Un premier facteur de changement induit par les technologies de l'information est la pression engendrée par les lourds investissements et le mouvement conséquent pour une coopération plus intense entre les organismes gouvernementaux. Un second facteur tient au besoin accru pour de l'expertise de même que des capacités accrues de partager l'information. Cela porte à la création d'entités non ministérielles. Au Canada, on a créé des « agences » se présentant comme des structures qui posséderaient des caractéristiques plus adaptées à l'accomplissement de fonctions horizontales<sup>5</sup>. Un troisième facteur de changement serait le déplacement d'une partie du niveau intermédiaire de gestion au profit d'une certaine horizontalisation de la hiérarchie administrative, de l'autorité et des contrôles. Ce type de mutations coïncide avec un redéploiement du rôle et de la configuration de l'État lui-même. Steven Rossel écrit à cet égard que :

À mesure que la société devient plus interconnectée, complexe et turbulente, les façons plus traditionnelles de l'organiser et de la gouverner deviennent dépassées. Dans un environnement plus scolarisé, interconnecté et riche en informations, les systèmes gouvernementaux qui reposent sur un flux limité d'informations,

---

4 Kenneth KERNAGHAN et Justin GUNRAJ, « Integrating information technology into public administration: Conceptual and practical considerations », [2004] 47 *Canadian Public Administration*, 525-546.

5 Par exemple, l'Agence de la fonction publique du Canada, <<http://www.psagency-agencefp.gc.ca/index-fra.asp>>, l'Agence de la santé publique du Canada, l'Agence du revenu du Canada, <<http://www.cra-arc.gc.ca/menu-f.html>>. Au niveau du Québec, on peut signaler le Centre de services partagés (*Loi sur le Centre de services partagés du Québec*, L.R.Q., c. C-8.1.1) et l'Agence des partenariats public-privé (*Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, L.R.Q., c. A-7.002).

y compris la bureaucratie et la démocratie représentative, perdent leur crédibilité et leur autorité.<sup>6</sup>

Les conditions issues de la numérisation et de la cyberspatialisation induisent des façons nouvelles de concevoir les services gouvernementaux de même que plusieurs des interactions associées à la gestion des affaires publiques. Le phénomène d'« internetisation » a un impact sur les processus de décision, d'interaction et de régulation<sup>7</sup>. Il reflète plusieurs tendances caractéristiques de la société de l'information.

Le mouvement actuel et prévisible de l'évolution du e-gouvernement requiert de penser autrement l'intervention du droit et les conditions de la gouvernance. L'administration électronique semble caractérisée par deux tendances fondamentales<sup>8</sup> : l'orientation vers le citoyen et la gestion collaborative. Orientée vers le citoyen, l'administration électronique vise à profiter des possibilités des technologies de l'information pour rapprocher le citoyen de l'administration, faciliter les démarches et les interactions que ce dernier entretient avec les administrations gouvernementales. Ces dernières fonctionnent de plus en plus en étroite relation d'où une tendance à rechercher des modes de gestion fondés sur la coopération. La gestion collaborative se traduit souvent par une redéfinition des rapports entre les diverses entités de l'Administration qui sont appelées à s'organiser de façon à répondre aux exigences des

---

6 Steven A. ROSSEL (Dir.), *Gouverner dans une société de l'information*, Institut de recherche en politique publique, 1996, p. 93.

7 La notion de régulation se distingue de celle de réglementation en ce qu'elle concerne les processus, souvent diversifiés par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes. Voir André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris, LGDJ 1993, p. 521.

8 Dominique GERBOD et Fabien PAQUET, *Les clés de l'e-administration, vade mecum de l'administration électronique*, Colombelle, Éditions EMS, 2001, 347 p. Voir aussi : Réjean ROY, *Vers un modèle intégré de gouvernement électronique*, Québec, CEFRIQ, 2005, 21 p.

administrés sans que ces derniers aient à déambuler dans les structures et organigrammes complexes hérités de l'organisation en silo.

Plusieurs repères qui procurent les assises de la légitimité de l'action gouvernementale connaissent des mutations : le territoire se dissout et la ligne-frontière entre ce qui doit être tenu pour être public et ce qui est privé tend à se brouiller. Devant la diversité des cas de figure auxquels ont à faire face les systèmes administratifs, les législateurs répondent en énonçant des principes généraux, des principes directeurs que doivent mettre en œuvre les entités administratives investies d'habilitations à mettre en œuvre des politiques aux objectifs souvent contradictoires.

### **1.1 L'orientation vers le citoyen**

L'exercice des fonctions gouvernementales passe de plus en plus par une capacité de dialogue avec l'ensemble des participants concernés. L'intérêt de la mise en ligne de services et de fonctions de l'Administration gouvernementale découle des gains espérés en termes de rapprochement de l'Administration et des administrés. Inspirées par les paradigmes découlant des environnements en ligne, les applications de e-gouvernement cherchent à joindre l'administré et lui proposer des services de façon conviviale selon une approche-client situant ce dernier au cœur de la mission des entités administratives.

On peut relever l'ambiguïté des relations selon qu'elles sont entre une administration et un usager et entre l'administration et un citoyen. De plus en plus, la relation entre l'Administration et le citoyen est envisagée comme une relation entre un « usager » et un fournisseur de services. L'internaute, « usager » est représenté comme une personne qui s'attend à ce que les services gouvernementaux fonctionnent avec la même convivialité que les services que l'on trouve couramment en ligne. Par contre, la relation État-citoyen présente d'importantes différences avec la relation commerciale caractéristique du commerce électronique.



## **1.2 Les valeurs démocratiques : le respect des droits et libertés**

La démocratie, entendue comme le mythe fondateur du contrat social constitue assurément un autre fondement de l'intervention de l'État. Dans la mesure où l'administration est le lieu d'échange et de partage entre l'État et les citoyens, les régulations doivent être en mesure d'assurer les équilibres qui rendent possibles les processus décisionnels essentiels au respect de l'État de droit.

Dans les sociétés démocratiques, l'impératif de respect des droits et libertés prévaut jusqu'à ce qu'on ait démontré qu'une règle de droit est nécessaire afin d'en baliser l'exercice. L'égalité des personnes ne serait qu'un leurre si elle n'est pas garantie par un ensemble de droits informationnels. La liberté d'expression, le droit de recevoir des informations, la préservation de la vie privée et des autres droits relatifs à la dignité de la personne font figure de conditions de l'harmonie sociale.

Les droits sont le plus souvent formulés dans leurs dimensions individuelles, comme si leur exercice n'avait pas de dimension collective. Il y a une tendance à substituer une conception des droits en les posant comme des absolus. Mais les droits relatifs à la circulation de l'information (droit à la vie privée, droit de propriété intellectuelle, droit à la réputation, droit à la dignité humaine) concernent des intérêts englobants et diversifiés. Ils ne peuvent se définir concrètement que dans leurs relations avec les autres droits et libertés qui peuvent s'exercer dans l'univers juridique. Il est en effet banal de rappeler que ni l'un ni l'autre des droits et libertés ne sont absolus.

L'essentiel des tâches au sein des processus de régulation est d'identifier les limites respectives de ces droits et libertés. Le domaine de l'un ou l'autre de ces droits et libertés est le fruit des délimitations des autres. Résoudre les contradictions entre les droits fondamentaux n'est pas une tâche facile; l'expérience de plusieurs pays enseigne qu'il faut toujours se résigner à des arbitrages entre les valeurs et droits venant en conflit lors de la circulation de l'information. Ces processus sont essentiellement publics. Seul l'État est en mesure de procurer des

cadres crédibles de gouvernance conséquents avec les exigences du respect de ces droits et libertés.

Ainsi, s'il est un domaine où l'autorité de l'État paraît difficile à remplacer, c'est bien celui de la préservation des conditions de l'exercice effectif des droits et libertés mis en cause par la production et la circulation des mots, des sons et des images. Il est à ce jour et pour un avenir prévisible très improbable que la seule cumulation des choix individuels soit à elle seule en mesure d'assurer le respect et la diversité de l'ensemble des droits.

### 1.3 La gestion collaborative

La gestion collaborative appelle un environnement en réseau et la normativité a toutes les chances de s'appliquer selon un modèle réseautique. Dans l'univers démocratique caractéristique de la modernité, la participation s'incarne dans le vote, les associations et les médias. Dans la gouvernance post-moderne, c'est l'engagement dans un projet commun où chacun peut gagner. La recherche du « win-win situation » devient une finalité des processus de délibération. Rien d'étonnant alors que ces processus se présentent comme des entreprises de régulation continue, des lieux de négociation et de recherche d'équilibre toujours en redéfinition.

Dans son « modèle intégré du gouvernement électronique », Réjean Roy inclut les dimensions juridiques au nombre des éléments du cadre commun de gouvernance du gouvernement électronique<sup>9</sup>. Les normativités juridiques concourent avec les normativités administratives, technologiques et politiques à encadrer les interactions et les échanges d'information au sein de l'appareil gouvernemental.

Ce type de modèle rend compte de la dimension réseautique du e-gouvernement, du fait que l'espace auquel on a affaire est un ensemble interconnecté constitué de pôles interagissants de

---

9 Réjean ROY, *Vers un modèle intégré de gouvernement électronique*, Québec, CEFRIO, 2005, p. 6, <[http://www.cefrio.qc.ca/Actes/acte\\_06.cfm](http://www.cefrio.qc.ca/Actes/acte_06.cfm)>.

normativités. Il est constitué d'espaces dans lesquels prévalent en tout ou en partie des normes qui s'imposent aux usagers et autres partenaires<sup>10</sup>. Les normes peuvent s'imposer soit en raison de leur capacité à définir, même implicitement, les conditions de l'exercice des activités, soit parce qu'un participant est en mesure d'exercer une autorité. Cet espace est aussi constitué de relais par lesquels s'explicitent et se diffusent les normativités et les conséquences de celles-ci. Les règles émanant des pôles de normativité se relayent et se diffusent dans les différents espaces virtuels. Elles coexistent soit en complémentarité avec d'autres règles soit en concurrence, se proposant à la place de celles qui sont issues d'autres pôles normatifs<sup>11</sup>.

La virtualisation emporte la mise en place d'environnements d'information dans lesquels des données personnelles nécessaires à la délivrance d'un ensemble de services accomplis au bénéfice des citoyens peuvent être rendus disponibles à différentes entités. De tels services ou prestations ont un caractère complémentaire et leur accomplissement nécessite des informations détenues par une pluralité d'entités. L'affirmation de l'État de droit nécessite d'assurer l'adaptation à de telles réalités de réseaux et de concevoir de façon conséquente les droits et obligations de l'ensemble des partenaires du e-gouvernement.

Car le droit du e-gouvernement est constitué d'un ensemble relevant de plusieurs univers normatifs. Le droit étatique au sens strict peut sembler n'y jouer qu'un rôle marginal. Les logiques managériales prennent une place importante dans les processus de décision et les règles de droit tendent de plus en plus à s'exprimer sous la forme de

---

10 Manuel CASTELLS, *La société en réseaux. L'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998; François OST et Michel de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

11 Pierre TRUDEL, « Un 'droit en réseau' pour le réseau : le contrôle des communications et la responsabilité sur Internet », dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES, *Droits de la personne : Éthique et mondialisation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 221-262.

principes directeurs et de normes habilitant les acteurs à poursuivre des objectifs d'efficacité, de qualité et de service.

Les régulations relatives au e-gouvernement peuvent découler en partie de normativités technologiques, de normativités gestionnaires ou de normativités juridiques. L'intervention du droit s'inscrit dans le champ de la gouvernance globale<sup>12</sup>. De plus en plus, la régulation se manifeste en forme de processus continus par lesquels sont gérées les affaires qui regardent la collectivité.

Le réseau se substitue de plus en plus aux institutions hiérarchisées comme lieu de conception et d'énonciation de la normativité. Au sein des réseaux s'élaborent des principes qui doivent habituellement être relayés par d'autres lieux de normativité. D'où l'idée d'une régulation relayée dans plusieurs vecteurs. Cette tendance laisse penser que les institutions rompues aux modes souples de régulation sont les plus susceptibles d'agir avec efficacité dans les univers numériques de l'État en ligne.

La réglementation étatique est en effet tantôt supplantée, tantôt relayée des principes internationaux vers les droits nationaux<sup>13</sup>. À leur tour les principes mis en place par les régulateurs nationaux sont relayés par les normes mises en place par les acteurs<sup>14</sup>. Les réseaux s'ajoutent ainsi aux lieux institutionnels que sont les États et les instances internationales<sup>15</sup>. Ils instituent des processus de dialogue et d'échange par lesquels se structurent les stratégies qui sauront répondre aux contextes dans lesquels le droit a vocation à s'appliquer.

---

12 Philippe MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, Paris, PUF, 2003.

13 Anne-Marie SLAUGHTER, « Global Government Networks, Global Information Agencies and Dissagregated Democracy », [2003] 24 *Michigan Journal of International Law*, 1041-1075.

14 Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », *Sociologie et sociétés*, vol 22, n° 2, automne 2000, p. 189-209, <<http://www.erudit.org/erudit/socsoc/v32n02/trudel/trudel.pdf>>.

15 François OST et Michel de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », (2000) 44 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1- 82.

Il en résulte des phénomènes de coréglementation et de corégulation que les États doivent tenir compte s'ils souhaitent assurer un encadrement efficace.

Alors que dans l'univers bureaucratique dominé par le papier, le droit insiste sur la délimitation des droits d'obtenir ou non telle ou telle information, dans l'univers en réseau, le droit tend vers l'organisation d'une régulation des permissions d'accès et d'usage dévolues aux décideurs et aux citoyens.

#### **1.4 La mutation des repères de la légitimité**

Plusieurs phénomènes associés à la société de l'information contribuent à modifier les représentations des acteurs et des décideurs au sujet des réalités auxquelles il importe de faire face au moyen de l'intervention de l'État. Les changements dans les conditions de production et de circulation de l'information modifient les représentations à partir desquelles se pensent les régulations. Ces changements affectent les perceptions et les points de vue au sujet de ce qui doit être assuré pour garantir le fonctionnement des services publics dans le respect de l'État de droit.

Dans cet univers où se brouillent les catégories tenues il y a peu comme immuables, même l'État n'est plus un concept aussi facile à cerner. Ce qui relève légitimement de l'intervention étatique constitue une question toujours posée mais rarement résolue une fois pour toute. Le service public peut être assuré tantôt par des entités privées et les entités publiques peuvent se voir contraintes d'adopter des modes de fonctionnement qui prévalent dans les entités privées.

L'intérêt général n'est plus un donné décrété d'en haut mais une construction sociale découlant des rapports entre les différents acteurs socio-économiques. Dans un tel contexte, les groupes cherchent à se placer en position d'influer sur cette construction de l'intérêt général et y faire prévaloir leurs intérêts. L'intérêt public semble se déduire de consensus toujours provisoires obtenus dans le cadre de processus de dialogue ouverts au cours desquels chacun peut espérer infléchir les tendances. Il peut devenir difficile de départager ce qui correspond à

l'intérêt public de ce qui est simplement l'expression des intérêts de groupes en mesure de convaincre de l'adéquation de leurs demandes avec l'intérêt du public en général.

Dans l'univers virtuel, les références à l'espace connaissent de profondes mutations. Les représentations sont changées par l'avènement d'un espace qui paraît échapper aux frontières territoriales des États. L'espace résultant de l'environnement-réseau présente des balises se définissant différemment de celles de l'espace physique. En favorisant une redéfinition des espaces de référence, la virtualisation porte le germe d'une mutation des paramètres selon lesquels se conçoit la légitimité des interventions étatiques.

La tendance à la numérisation contribue à redéfinir l'espace dans lequel se construit et s'apprécie la légitimité des interventions de l'État. Soit que l'espace du réseau affecte les perceptions relativement à la légitimité des règles ou affecte les perceptions quant à leur efficacité. Il y a là des indices d'un déplacement des repères selon lesquels se conçoivent et s'appliquent les régulations étatiques.

Le territoire, lieu central de l'intervention de l'État se virtualise. Il se limite de moins en moins aux espaces physiques. Il concerne de plus en plus les imaginaires. Avec le phénomène de virtualisation, occuper un territoire, en assurer les attributs qui sont caractéristiques de la souveraineté nationale c'est assurer une place aux messages qui reflètent les sensibilités des populations que l'État demeure responsable de protéger. Cette responsabilité ne se limite plus au seul territoire physique d'un État : elle emporte l'obligation de promouvoir, au niveau international, et par-delà les frontières physiques, les valeurs qu'il paraît essentiel de garantir.

Dans une conception médiologique, le droit est pensé et conçu en fonction des caractéristiques et des possibilités découlant du médium dominant.

Si le médium dominant n'est plus le papier, cela peut logiquement engendrer des conséquences au plan de la façon dont le droit est pensé et produit.

L'État qui s'est développé à l'époque où le papier constituait le principal support informationnel des activités de l'État pouvait correspondre à une conception de l'État de droit qui privilégiait la fixité de la norme. Fixée sur le support papier, dont l'imagerie emblématique évoque le Journal officiel et les volumes officiels des lois et règlements, la conception de l'État de droit qui correspond à l'époque où le support-papier tient un rôle dominant correspond à une conception de l'État de droit qui valorise la fixité de la norme.

Le contexte historique dominé par les technologies numériques emporte un univers socio-technique dans lequel l'information est produite et diffusée dans des réseaux, ce qui lui confère une plus grande plasticité. Dans cette normativité en traitement de texte continu, la norme répond beaucoup moins aux idéaux de fixité qui pouvaient être autrefois associés à l'État de droit<sup>16</sup>.

### 1.5 Un droit exprimé sous la forme de principes directeurs

Les normes en matière de gouvernement en ligne sont fréquemment exprimées en forme de principes directeurs. La tendance s'observe souvent dans le domaine des technologies de l'information. Les principes directeurs apparaissent essentiels dans l'agencement des politiques publiques.

Charles-Albert Morand explique que le recours aux principes directeurs – par opposition aux règles fixes – s'explique par plusieurs facteurs. Les principes directeurs sont capables d'assurer la compatibilité des valeurs et intérêts contradictoires<sup>17</sup>. Les règles fixes sont régies par le principe de non-contradiction. Par contraste, les principes

---

16 François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, *Droit et société* - recherches et travaux 5, 1998.

17 Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999, p. 189 et ss.

directeurs permettent la coexistence de législations et politiques protégeant des valeurs et intérêts très divers.

Ainsi, le recours aux principes directeurs afin d'exprimer le droit reflète bien la structure en réseau du droit. À l'instar des réseaux de neurones, ils fournissent des liens permettant la mise en rapport de normes très diverses. Plutôt que de chercher et s'épuiser à uniformiser via des règles fixes, on va plutôt chercher à assurer la compatibilité des réglementations sur la base de divers principes à appliquer. Il faut et il suffit que chacune des réglementations sectorielles soit conforme aux principes directeurs quitte à ce qu'elles présentent des singularités reflétant les contextes spécifiques d'application.

Régies par le principe de non-contradiction, les règles fixes sont beaucoup trop tranchantes pour servir de support à des politiques publiques nombreuses risquant à tout instant de se contrecarrer. Les principes directeurs n'ont pas ce défaut. Ils permettent à des législations très dissemblables, protégeant des valeurs et des intérêts très divers, de coexister.

## 1.6 Un droit managérial

Largement inspirée d'approches gestionnaires, la conception des services publics en ligne fondée sur l'approche-client peut être envisagée comme une façon d'assurer que les processus décisionnels en ligne respectent effectivement, aussi bien dans leur déroulement que dans leurs exigences substantives, les droits des administrés.

Jacques Chevallier relève l'emprise de la rationalité managériale aussi bien dans les processus visant à apprécier le bien-fondé des réglementations que ceux qui visent la production juridique elle-même<sup>18</sup>.

---

18 Jacques CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », [1993] 11 *Politiques et management public*, n° 4, p. 111-134.



Le raisonnement managérial appliqué à la fourniture de services en ligne suppose un travail de collecte et de traitement de données qui emprunte de plus en plus fréquemment les vecteurs proposés par les systèmes de gestion des connaissances. Les processus d'élaboration des décisions bénéficient de facilités informationnelles instantanément mobilisables pouvant permettre même une décision fondée sur l'éclairage disponible.

Ainsi, on en vient à constater que la logique qui gouverne l'action publique est désormais hybridée par une inclusion de la rationalité managériale. Logiques juridiques et logiques de gestion se complétant et se parasitant mutuellement. C'est en grande partie dans le changement de la place prise par les normativités gestionnaires et techniques par rapport aux principes inhérents à l'État de droit que se posent les défis de la virtualisation de l'administration publique.

Pourtant, l'État de droit paraît postuler l'autorité des principes juridiques sur les normativités gestionnaires. Dans la hiérarchie des normes selon la conception classique de l'État de droit, la normativité découlant de la Constitution et de la Loi prévaut nécessairement sur les impératifs de gestion. D'où l'intérêt de spécifier les impératifs de l'État de droit dans le déploiement de l'Administration en ligne.

## **2. Les impératifs de l'État de droit**

Traditionnellement, l'État de droit est assuré par un certain degré de formalisme. Mais dans l'univers virtuel et réseautique, la normativité formaliste ne parvient pas nécessairement à procurer un cadre approprié pour la préservation des équilibres inhérents à la gestion démocratique. L'actualisation de l'État de droit porte à rechercher les conditions qui assurent l'effectivité de la prise en compte des droits fondamentaux des citoyens ainsi que la régularité procédurale.

## 2.1 L'actualisation des valeurs

Il s'agit d'assurer les processus appropriés afin d'actualiser les valeurs aux conditions qui découlent du déroulement des activités inhérentes aux relations État-citoyen dans l'environnement en réseau. La légitimité des décisions découle de leur conformité à des processus pré-définis par la loi ou la Constitution ou conforme à l'éthique délibérative.

C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer de *vraies procédures de délibération*. La délibération démocratique s'inscrit nécessairement dans un ensemble de codes culturels et de rituels. Le défi est donc de penser les codes culturels et rituels propres à garantir le déroulement de vraies délibérations dans l'espace virtuel. La capacité d'accéder à l'information de même que la liberté de prendre la parole paraissent dans une telle perspective un enjeu central dans l'actualisation des valeurs. Dans l'espace virtuel, plus que tout autre droit, celui de recevoir et de transmettre librement des informations est essentiel à la réelle défense des valeurs. La dignité humaine ne se conçoit pas sans une capacité d'exprimer ce que l'on pense de même qu'un devoir de rendre compte de ce que l'on fait.

Lorsque l'information est arbitrairement soustraite à la libre discussion, il est impossible de considérer qu'on est dans un État de droit. Il y a donc un important processus d'actualisation à envisager pour mettre à jour effectivement les valeurs. Dans les sociétés démocratiques, il coexiste une pluralité de conceptions à l'égard des valeurs, droits et libertés, et de leur importance relative. Par exemple, certains pourront adhérer à une vision du monde qui accorde plus de poids à la protection de la réputation des personnes, même si cela peut impliquer de taire des éléments d'information. Il s'agit d'une vision légitime tant qu'on ne cherche pas à l'imposer aux autres. Pour cette raison, la loi ne peut prescrire de façon arbitraire une conception de la liberté et des droits au détriment de toutes les autres : son application doit plutôt permettre la coexistence d'une pluralité de conceptions de ce qu'est la liberté elle-même. Lorsque vient le temps d'imposer des balises, la règle de droit doit laisser le bénéfice du doute en faveur de la libre circulation de l'information.

## 2.2 L'accessibilité à tous les citoyens

Les processus décisionnels de l'Administration ont vocation à faire plus que simplement échanger des informations : ils s'inscrivent dans le cadre de processus de décision. Par conséquent, ils doivent être encadrés de manière à procurer les garanties d'accessibilité, d'égalité et d'équité inhérentes aux valeurs démocratiques. Ces processus ne doivent pas mener à l'exclusion mais doivent, au contraire, accroître les possibilités de délibérations démocratiques de qualité.

En considérant la technologie comme étant un instrument de démocratisation, certains soulignent que :

[...] il faut qu'elle soit accessible au plus grand nombre, car si tel n'était pas le cas, son intégration dans le processus politique avantagerait ceux qui sont déjà privilégiés sur le plan des revenus, de la formation et du prestige.<sup>19</sup>

Il est souvent fait état de la fracture numérique qui divise les citoyens, les familles, les catégories socio-professionnelles, les régions voire même les pays. Si certains segments de la société civile sont exclus de la vie « cyberdémocratique », cette exclusion ne sera pas exclusivement sociale. Le maintien de processus hors cyberspace permet d'assurer l'inclusion de tous dans les processus de délibération collective.

Dans le contexte du e-gouvernement, et plus particulièrement dans les processus décisionnels en ligne, la fracture pourra être générationnelle. Les jeunes peuvent être des acteurs très actifs dans plusieurs processus cyberdémocratiques. L'intégration des technologies de l'information dans la vie politique peut accroître la participation, surtout si des mesures sont prises afin de réduire le fossé numérique en fournissant des points d'accès.

---

19 Denis MONIÈRE, *Internet et la démocratie*, Monière et Wollank Éditeurs, 2002, <<http://www.erudit.org/livre/moniered/2002>>, p. 32.

Afin de pouvoir compter avec l'accessibilité de tous les citoyens dans le cadre des processus de e-administration, il devient essentiel que les différents environnements et les autres espaces dans lesquels se déroulent ces processus soient compatibles et accessibles. En effet, comme certains l'ont souligné :

[L]'utilisation de ces outils ne peut être couronnée de succès que s'ils ont été faits sur mesure pour s'adapter à des objectifs, à des publics et des ressources qui peuvent varier considérablement selon les situations et selon les pays. Pour atteindre son but, une action exige d'être préparée en combinant imagination et analyse de façon à aboutir à des outils, soit modifiés soit nouveaux, qui seront à la mesure des défis à relever.<sup>20</sup>

Ainsi, en parallèle aux processus qui se déroulent en ligne, d'autres espaces et canaux de communication entre les citoyens et les pouvoirs publics doivent exister. Les citoyens doivent pouvoir compter sur une pluralité d'outils et de possibilités<sup>21</sup> dans le cadre de leur communication avec l'administration.

### 2.3 La liberté de choix

Le principe du choix peut s'entendre soit du côté des pouvoirs publics, soit de celui des citoyens. Dans le premier cas, on parlera plutôt du principe d'universalité/d'accessibilité au regard des choix quant aux outils offerts aux citoyens pour prendre part à une consultation ou à une participation (choix visant à réduire le fossé numérique, à rejoindre l'ensemble de la population peu importe l'âge ou la condition physique).

---

20 OCDE, *Des citoyens partenaires. Manuel sur l'information, la consultation et la participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 57.

21 OCDE, *Des citoyens partenaires. Manuel sur l'information, la consultation et la participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 55.

Le principe du libre choix des citoyens de choisir le type de document technologique est affirmé dans l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Il y est en effet prévu qu'à moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au *Code civil*. Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique.

Le choix peut aussi s'envisager eu égard à la prise de décision, et plus particulièrement à l'explication à donner de retenir telle contribution, plutôt que telle autre. Il signifie également de décider des informations à être communiquées, du recours ou non à un modérateur dont il faudra préciser la mission, ou encore de l'appel ou non à un organisme indépendant pour l'analyse des réponses.

Dans le second cas, on insistera davantage sur le fait que les pouvoirs publics doivent permettre aux citoyens d'exprimer librement leur choix. Pour ce faire, les citoyens doivent, d'une part, pouvoir choisir à quelle consultation ou participation ils veulent intervenir. D'autre part, au cours d'une consultation ou d'une participation, ils doivent avoir la possibilité de ne pas répondre à l'ensemble des questions posées et donc limiter leur intervention aux seuls points qui les intéressent<sup>22</sup>. Enfin, les citoyens doivent pouvoir décider, quand cela est offert, non seulement de répondre anonymement ou en s'identifiant, mais aussi de choisir parmi les canaux de communication mis à leur disposition.

---

22 Pour illustrer ce principe, on peut consulter le site concernant le dialogue sur la politique étrangère mené, en 2003, par le ministère des Affaires étrangères et du commerce international, <http://www.foreign-policy-dialogue.ca/fr/bienvenue/index.html>.

## 2.4 L'équité procédurale

Villaggi rappelle que les règles de conduite circonscrites sous la notion d'équité procédurale s'articulent autour du droit d'être entendu et celui d'être « jugé » par un décideur impartial et indépendant. Garant<sup>23</sup> identifie trois règles pour définir le statut juridique de la participation des administrés par voie de consultation préalable suivant la nature de l'acte ou de la fonction exercée par l'administration :

- dans l'élaboration des règlements, l'Administration n'a d'autres obligations procédurales de consultation que celles prévues expressément par la loi;
- dans l'élaboration des actes quasi judiciaires, l'administration doit appliquer la règle *audi alteram partem*, ce qui implique l'obligation d'offrir la possibilité de faire entendre l'administré, de lui permettre de présenter ou de faire valoir ses points de vue;
- dans l'élaboration des actes administratifs, impliquant des éléments de pouvoir discrétionnaire, l'administration doit, en plus de suivre les obligations procédurales prévues par la loi, adopter une « procédure équitable ». Ce devoir implique de consulter préalablement les administrés dont les intérêts sont affectés ou lorsque l'autorité a laissé entendre ou promis qu'elle les consulterait.

Ainsi, le processus en ligne doit garantir une réelle possibilité de se faire entendre; cela constitue une règle fondamentale du principe de justice naturelle et de l'équité procédurale. L'Administration doit procurer suffisamment de renseignements et de temps pour permettre de se former une opinion valable à l'égard de la situation relative à la

---

23 Patrice GARANT, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd, vol. 1, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 552-553.

finalité recherchée; autrement la consultation n'est pas suffisante<sup>24</sup>. Les citoyens doivent pouvoir donner un point de vue éclairé. Il importe de bien situer le problème sur lequel porte le processus décisionnel. Les personnes impliquées doivent recevoir suffisamment d'informations pertinentes de façon à disposer d'une opportunité suffisante et un délai raisonnable pour exprimer leur point de vue.

Il faut prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre aux citoyens de connaître non seulement la date, le lieu – même virtuel –, les heures, la langue de la consultation ou de la participation, mais aussi les objectifs et les modalités de fonctionnement de chaque type de processus. L'OCDE considère qu'« il est nécessaire d'assurer une information du public à tous les stades du cycle des politiques publiques »<sup>25</sup>.

Le droit d'accès à l'information est l'une des conditions à la participation active des citoyens dans les différents processus démocratiques. Doivent être accessibles les informations nécessaires à la participation effective des citoyens à la vie démocratique. Par exemple, avant une consultation, les citoyens peuvent recevoir un ensemble d'explications succinctes et objectives sur les questions visées.

Une diffusion « proactive » d'informations auprès des citoyens au moyen des outils technologiques paraît une condition inhérente au déroulement des processus cyberdémocratiques. Le choix du support de diffusion peut être influencé par certains facteurs comme la taille et les caractéristiques du groupe cible, le coût, etc.

---

24 *St Patrick School Governing Board c. English Montreal School Board*, (C.S) Montréal 500-05-047788-995 (1999).

25 OCDE, *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, juillet 2001, <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf>>, p. 5.

## 2.5 La qualité de l'information

Les rapports entre les règles de droit et la qualité de l'information sont au cœur des questions les plus centrales du droit de l'information. D'une part, une grande part du corpus de règles de droit encadrant la production et la circulation de l'information est concernée par le souci d'assurer que l'information produite ou transmise soit de qualité. D'autre part, il y a une certaine antinomie à postuler que le droit peut, à sa guise, poser des interdictions ou imposer des obligations au nom de la qualité de l'information. Randall P. Bezanson relève que :

It is axiomatic that the quality of speech – its goodness or badness from a literary, artistic, or aesthetic perspective, or its effectiveness in communicating to an audience- should bear no relationship to its protection under the First Amendment.<sup>26</sup>

Il y a un malaise certain à postuler que des jugements de valeurs peuvent être posés à l'égard de l'information. Compte tenu du caractère supra-légal de cette liberté, on va s'attendre à ce que l'exigence de qualité imposée par le droit soit formulée après en avoir justifié le caractère raisonnable dans le cadre d'une société démocratique.

La recherche de la qualité de l'information figure au nombre des raisons justifiant l'adoption de règles juridiques. Ainsi, les règles de droit précisent les qualités des informations échangées lors de transactions. La plupart des législations exigent que les échanges d'informations inhérents aux transactions s'effectuent selon des standards de qualité, de précision et d'exactitude. C'est ce que visent les règles prescrivant des exigences pour identifier une personne dans les transactions électroniques.

La société de l'information fait éclater les fonctionnements cloisonnés et les rend de plus en plus obsolètes, qu'ils soient le fait de l'État lui-même ou de la société civile. Il est devenu fort difficile de

---

26 Randall P. BEZANSON, « The Quality of First Amendment Speech », [1998] 20 *Hastings COMM/ENT*, 275, 277.



fonder le déroulement des processus délibératifs sur la rareté ou le rationnement de l'information. Aussi, les processus cyberdémocratiques doivent être conçus de manière à garantir la disponibilité et la qualité de l'information.

L'information doit être de qualité et correspondre aux cinq critères suivants : fiable, utile, complète, objective et aisément accessible<sup>27</sup>.

L'information doit être **fiable** et résulter d'une démarche rigoureuse. Il faut s'assurer de la précision des données, mentionner les sources et le cas échéant fournir les informations permettant de trouver la provenance des données.

L'**utilité** de l'information est un second critère de qualité. Elle s'apprécie en fonction des questions sur lesquelles on demande de se prononcer.

L'information doit être **complète** : l'ensemble des informations disponibles et pertinentes au processus entrepris doit être rendu disponible.

Pour que le processus soit équitable, l'information doit être **objective** : certes, l'autorité qui consulte a un point de vue ou une position qu'elle privilégie, alors il faut que l'information soit fournie en respectant les différents points de vue. Il est généralement préférable d'indiquer ses préférences; en annonçant ses couleurs, l'on clarifie les choses. Mais alors, il faut s'assurer que malgré la prise de position de l'autorité qui consulte, celle-ci a présenté loyalement les différentes facettes de la question.

L'**accessibilité** de l'information est un autre critère de qualité à respecter : l'information doit être facilement repérable et, le cas

---

27 OCDE, *Des citoyens partenaires : information, consultation et participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001.

échéant, commodément accessible via une pluralité de moyens afin d'assurer que les citoyens n'aient pas à se procurer des outils onéreux pour pouvoir y accéder.

## **2.6 La confiance**

Le processus doit être mené de façon à inspirer confiance. L'OCDE indique au nombre des « principes directeurs pour l'engagement des citoyens dans le processus de prise de décision » que :

[...] la consultation et la participation active du public doivent avoir lieu, autant que possible, en amont de la conception des politiques publiques, afin de permettre l'émergence d'un éventail de solutions envisageables qui soit plus vaste et afin d'améliorer les chances de succès pour la mise en œuvre des mesures. Il faut se donner suffisamment de temps pour que la consultation et la participation soient effectives.

En somme, il faut que les processus soient menées de bonne foi, de façon à permettre un apport significatif de ceux qui souhaitent y prendre part.

La décision ne doit pas être effectivement déjà prise même si celui qui consulte connaît ses orientations. La consultation doit être entreprise à un moment où les propositions sont encore à un stade où il demeure possible de prendre en considération les réponses et opinions que les citoyens pourront faire.

Si le projet soumis à la consultation est modifié avant son adoption, les questions soumises à la consultation doivent tenir compte des modifications, sinon il n'y aura pas de consultation véritable.

La décision finale peut résulter de la synthèse des options soumises à la consultation; la décision finalement prise n'a pas à apparaître formellement ou intégralement dans les documents initiaux soumis à la consultation. Mais un résultat partagé entre deux options ne justifie pas la décision de choisir une option qui n'a aucun lien avec

celles proposées lors de la consultation. L'option finalement choisie doit avoir été soumise à la consultation des personnes concernées<sup>28</sup>.

Il faut respecter les engagements quant à la prise de décision et informer les citoyens des résultats de la consultation ou de la participation. Cette obligation de rendre compte s'inscrit au nombre des « principes directeurs pour l'engagement des citoyens dans le processus de prise de décision » de l'OCDE, et s'entend comme étant le fait que :

[...] l'administration est tenue de rendre compte aux citoyens de l'utilisation qu'elle fait des informations communiquées lorsqu'elle sollicite des réactions, l'opinion et la participation active du public. Les mesures, visant à garantir la publicité et la transparence de la prise de décision ainsi que l'acceptation d'une vérification et d'un contrôle externe, sont essentielles afin de responsabiliser de façon générale l'administration.<sup>29</sup>

L'application de ce principe suppose un délai suffisant afin que les personnes consultées prennent connaissance du contexte de la décision à venir : le délai ne doit pas être trop court et doit permettre aux intéressés de prendre connaissance de tous les éléments du dossier et de préparer leur argumentation, leur réponse ou leur recommandation. La complexité du dossier en cause peut exiger un délai plus ou moins long; la consultation ne doit pas être faite à la sauvette.

Il faut que le calendrier des décisions soit annoncé clairement dès le début et respecté par la suite. Il est donc important, notamment dans le cadre des environnements électroniques, de procéder à l'ouverture de la consultation ou de la participation au jour et à l'heure

---

28 *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>>.

29 OCDE, *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, juillet 2001, <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf>>, p. 5.

indiqués au calendrier. À défaut de cela, on pourra douter non seulement de la volonté de prendre en considération les commentaires et suggestions, mais aussi de la fiabilité du processus lui-même.

Il faut prendre toutes les mesures nécessaires afin de rendre accessible à temps, et sans interruption, le processus de consultation ou de participation électronique. Cette précaution doit aussi s'envisager en ce qui concerne le terme de la consultation ou de la participation, c'est-à-dire qu'une fois le délai écoulé, il ne doit plus être possible de soumettre une réponse par le biais de l'outil choisi pour la consultation ou la participation.

Toutefois, il faut annoncer ce qu'il adviendra des commentaires ou rapports qui pourraient être reçus par télécopies, courriels ou autres moyens une fois le délai écoulé.

L'application du principe de confiance nécessite également que soit précisé quelles seront les méthodes utilisées, d'une part, pour évaluer et intégrer les réponses des citoyens dans la décision finale et, d'autre part, pour diffuser l'information – rapport disponible sur le site Web de l'organisme ayant mis en place la consultation ou la participation, communiqué de presse dans les médias, etc.

Concernant l'évaluation du processus de consultation, il faut prévoir et préciser si cette dernière sera faite par les services de l'organisme qui mène le processus de cyberconsultation ou si elle sera confiée à un organisme indépendant.

C'est pourquoi, il convient de « clarifier les responsabilités et [de] préciser les missions de chaque service ou de chaque fonctionnaire [dans l']établissement de comptes rendus [et de tout autre document et,] veiller à ce que ces responsabilités soient connues du

public (en fournissant par exemple sur le site Internet les adresses électroniques des personnes à contacter) »<sup>30</sup>.

Le principe de confiance, nécessaire au développement de la relation s'établissant ou devant s'établir entre les pouvoirs publics et les citoyens, doit inciter les administrations à « s'expliquer clairement et donner les raisons des décisions prises quant au choix des publics que l'on a informés et consultés et que l'on a appelé à participer. Ici comme dans tous les autres domaines de l'action publique, les mots d'ordre sont : être transparent, rendre des comptes, assumer ses responsabilités et contrôler »<sup>31</sup>.

Les processus de consultation ou de participation doivent permettre aux citoyens de s'exprimer en toute confiance. Cela emporte la nécessité d'évaluer, compte tenu des finalités recherchées et des exigences juridiques applicables, quelles informations relatives aux participants doivent être publiques ou partiellement accessibles. Ainsi, dans le cadre de certains processus de consultation publique, on pourra opter pour le principe suivant lequel chaque participant s'identifie. Cela paraît a priori un gage de transparence : tous s'expriment librement et tous sont en mesure de savoir qui parle.

Dans d'autres situations, on pourra évaluer qu'il est possible de garantir l'intégrité, la crédibilité et la transparence du processus tout en assurant la confidentialité quant à l'identité des participants. Dans certains processus de cyberconsultation, il peut arriver qu'il soit possible d'atteindre les résultats recherchés, de même que l'équité et la transparence, sans que les participants aient à s'identifier pour répondre aux questions ou émettre des commentaires.

---

30 OCDE, *Des citoyens partenaires. Manuel sur l'information, la consultation et la participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 101.

31 OCDE, *Des citoyens partenaires. Manuel sur l'information, la consultation et la participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 114.

Il peut arriver qu'il soit nécessaire de limiter le nombre d'interventions d'un même citoyen. Dès lors, tout en veillant à ce que les réponses demeurent confidentielles et anonymes, des mécanismes d'authentification devront être mis en place, afin de garantir l'atteinte de l'objectif de la consultation ou de la participation.

Certains processus comportent des enjeux reliés à la confidentialité des contributions des citoyens dans le cadre d'un processus en ligne. Il est essentiel que les citoyens puissent s'exprimer en toute sérénité en assumant la responsabilité de ce qu'ils disent dans le cadre de chaque processus.

Dans certains cas, il s'agira de garantir la confidentialité des contributions des citoyens, leur identification n'étant pas nécessaire au regard des fins recherchées. Mais il pourra être nécessaire de connaître certaines données, telles que l'âge, le sexe, l'origine, le revenu et autres, des personnes participant aux différents processus démocratiques. Il ne sera pas toujours nécessaire de connaître leur patronyme.

Toutefois, lorsque l'identité des citoyens est un facteur important dans le cadre de certains processus, notamment quand les lois exigent que les citoyens qui participent soient ceux qui sont concernés par le sujet débattu, les contributions des citoyens ne peuvent pas être anonymes. Dans de tels cas, des mécanismes d'authentification pourraient être mis en place pour garantir la rigueur du processus démocratique.

## **2.7 La transparence**

En démocratie, les processus de décision sont soumis à des règles du jeu. Il est inhérent à l'État de droit que les processus de délibération respectent les principes propres à garantir la crédibilité, l'équité et la régularité des décisions, et surtout des processus qui y conduisent.

Selon les environnements techniques, les processus connaissent des conditions différentes de fonctionnement. Le droit d'accès à

l'information est garant de la transparence dans l'élaboration des politiques publiques.

Les objectifs visés doivent être clairement définis. L'énoncé de ces objectifs doit être clair, concis, fiable, complet pour ne pas « noyer » les citoyens sous un flot d'informations mal ciblées. Ici comme ailleurs, trop d'informations ou une information trop technique tue l'accès à la connaissance et met en péril, par conséquent, la transparence recherchée.

Il importe que les objectifs soient facilement accessibles aux citoyens. Il peut être nécessaire d'envisager des ensembles d'outils de diffusion de l'information afin de rejoindre le plus grand nombre de citoyen et ce, que la consultation ou la participation soit ouverte à un large public ou à un groupe restreint de la population. À ce sujet, l'OCDE indique au nombre des « principes directeurs pour l'engagement des citoyens dans le processus de prise de décision » qu'il convient :

[...] de définir d'emblée clairement les objectifs à atteindre ainsi que les limites à respecter en matière d'information, de consultation et de participation active du public lors de la prise de décision sur les politiques publiques. Les rôles et les responsabilités respectifs des citoyens (lorsqu'ils fournissent un retour d'informations) et de l'administration (en matière de prise de décision relevant de sa responsabilité) doivent être clairement établis.<sup>32</sup>

Ensuite, il faut indiquer de quelle façon les idées, les suggestions, les commentaires émanant des citoyens seront pris en considération lors de la prise de décision finale. Si les citoyens n'ont pas l'impression que leurs interventions seront prises en compte, ils ne

---

32 OCDE, *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, juillet 2001, <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf>>, p. 5.

ressentiront pas l'intérêt de prendre part à une consultation et celle-ci pourra en pâtir.

La **rétroaction et la forme** : les intéressés doivent avoir l'occasion de présenter leur position par écrit ou oralement. Cela n'exige pas nécessairement un débat ou une discussion entre les personnes consultées et les membres de l'organisme décisionnel. Il semble que dans le cas d'une consultation, la jurisprudence est d'avis qu'il faut réduire le formalisme de la règle *audi alteram partem* (ex : des discussions verbales peuvent être suffisantes par rapport à une audition)<sup>33</sup>.

Pour renforcer l'implication des citoyens, il faut non seulement entendre les commentaires faits par ces derniers au moment d'une consultation ou d'une participation (retour sollicité), mais également leur donner les moyens de s'exprimer en dehors de cette période (retour non sollicité)<sup>34</sup>. Certes, ces retours d'informations entraînent des coûts en termes de gestion, mais ils permettent de « rester en contact » avec les attentes des administrés. De plus, en évaluant les commentaires et suggestions, les demandes d'informations, et en faisant une part aux citoyens, « les administrations publiques montrent [...] qu'elles sont attachées à la transparence et à l'obligation de rendre compte »<sup>35</sup>. Les pouvoirs publics doivent s'engager à répondre aux

---

33 Voir Yves CARRIÈRES, « La consultation en éducation : une condition de validité des décisions des administrateurs scolaires » dans *Développement récent en droit scolaire* (1991), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, 149-186.

34 OCDE, *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, juillet 2001, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf>, p. 52. Concernant le retour non sollicité d'information, il est mentionné que « les administrations publiques à tous les échelons reçoivent du public un flux régulier d'informations venant du public – qui peuvent fournir des indications précieuses sur la mise en œuvre des politiques et la fourniture des services si tant est qu'elles soient évaluées systématiquement ».

35 OCDE, *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de



citoyens dans un délai raisonnable déterminé à l'avance (48 à 72 h, par exemple).

Enfin, les citoyens doivent pouvoir prendre connaissance des résultats de la consultation ou de la participation. Cette obligation de rendre compte accroît la transparence. Elle suppose une démarche d'explication des décisions de retenir telle contribution plutôt qu'une autre. La transparence passe ainsi par le droit à l'information mais également par la confiance et la responsabilité.

## **2.8 La sécurité technique**

Il est essentiel de procéder à une analyse des risques et enjeux spécifiques à la mise en place des processus. Une telle démarche permet d'évaluer les faiblesses en matière de sécurité qui préoccupent le citoyen qui s'engagerait dans le processus.

Cette analyse des risques permettra ainsi d'établir les conditions de crédibilité et d'efficacité du processus, et elle devra s'accompagner d'une étude des résultats, que ceux-ci soient positifs ou négatifs, afin d'en tirer les enseignements pour les consultations et participations futures.

À cet effet, les projets pilotes de consultation, avec participation d'un groupe réduit de citoyens, permettent d'identifier leurs craintes au moment de la participation au processus et de mettre en place les mesures de sécurité adéquates.

De plus, les questions de sécurité se posent en regard de la gestion des réponses reçues lors d'une consultation. Ainsi, un équipement performant doit être mis en place puisque « dès que les activités

en question connaissent du succès, les besoins techniques risquent de croître rapidement du côté de l'administration »<sup>36</sup>.

Enfin, il faut prendre les mesures organisationnelles, humaines et techniques nécessaires pour éviter les accès, les destructions, les utilisations ou divulgations non autorisées de ces données.

## 2.9 La responsabilité

Dans les environnements en réseau, la structure hiérarchique tend à s'estomper au bénéfice d'une approche plus égalitaire caractérisée par l'échange ou le partenariat entre les pouvoirs publics et les citoyens. Cette situation conduit à une répartition des responsabilités entre une pluralité d'acteurs : pouvoirs publics, citoyens et tout autre entité prenant part aux processus délibératifs. Cette répartition des responsabilités doit être clairement exprimée et comprise au moment de la mise en œuvre du processus. Elle doit être largement diffusée par le biais des outils traditionnels et électroniques.

Ainsi, un degré de responsabilité important de la part des décideurs politiques, des agents de la fonction publique et des hauts responsables au sein des différents organismes publics devient essentiel dans le processus d'implantation des différents volets de la démocratie électronique. C'est la responsabilité des pouvoirs publics de mettre en place les mesures de sécurité nécessaires afin d'établir un rapport de confiance entre les différents organismes et les citoyens. Il est aussi de la responsabilité des pouvoirs publics de garantir la transparence non seulement dans la prise de décision faisant suite à une participation, mais également dans les choix qui ont été faits parmi les avis fournis par les citoyens.

De plus, il convient de bien cerner la responsabilité des agents de la fonction publique quant aux réponses à donner aux citoyens :

---

36 OCDE, *Des citoyens partenaires. Manuel sur l'information, la consultation et la participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 93.

agissent-ils en leur nom ou en lieu et place d'un ministre, par exemple. Pour répondre à cette question, certains pays (comme les Pays-Bas) préconisent l'établissement d'« un code de conduite pour les agents de la fonction publique engagés dans des procédures de consultation en ligne »<sup>37</sup>.

## 2.10 L'obligation de rendre compte

Plusieurs mécanismes de contrôle des actes de l'Administration sont conçus comme des obligations s'appliquant a priori. Un acte administratif n'est en principe valide que dans la mesure où il est autorisé par un texte d'habilitation.

Par exemple, s'agissant de la collecte et de la détention de renseignements personnels, il faut qu'il y ait une autorisation ou une justification *a priori* pour que ces opérations soient licites.

Or, c'est souvent par le renforcement de l'obligation de rendre compte qu'il sera possible, dans un environnement en réseau de garantir une protection effective du droit à la confidentialité des données personnelles.

## 2.11 La subordination de la technique

Le déploiement des systèmes destinés à soutenir le e-gouvernement est habituellement tributaire de normes techniques et de méta choix effectués par les décideurs techniques. Joel Reidenberg a mis en lumière l'enjeu que représente la technique comme forme de normativité. Il explique que « dans la mesure où les choix techniques déterminent les règles applicables pour toutes les activités en ligne, la technologie devient une véritable source de régulation. Les choix

---

37 OCDE, *Des citoyens partenaires. Information, consultation et participation à la formulation des politiques publiques*, Paris, Service de Publications de l'OCDE, 2002, p. 66.

techniques emportent donc des conséquences importantes et sont en tant que telles des puissances régulatrices »<sup>38</sup>.

Les systèmes, les machines ne sont pas nécessairement conçus pour correspondre aux impératifs de la loi. Dans de nombreuses situations, les systèmes d'information ont été développés afin de répondre à des besoins « d'affaires » envisagés selon des logiques commerciales. Les applications destinées au e-gouvernement se présentent ni plus ni moins comme des adaptations d'applications commerciales.

Dans d'autres situations, les caractéristiques des objets techniques ne correspondent pas nécessairement aux exigences de la loi. Par exemple, les outils de gestion des droits numériques (DRM) ne sont pas conçus pour refléter les nuances que comportent la plupart des lois sur le droit d'auteur.

Certaines applications traitant des renseignements personnels ne supportent pas les fonctions requises pour assurer le respect du principe selon lequel les renseignements personnels ne doivent être conservés que pour la durée minimale requise à l'accomplissement de leurs finalités.

## **2.12 La gestion équitable des risques**

Les activités d'échange, de recherche et de diffusion d'information sur Internet – à l'instar de n'importe quelle activité complexe – comportent des risques et des écueils.

Pour assurer la prise effective des exigences de la Loi sur les aléas ou contraintes de la technique, il est possible d'envisager des processus de gestion des risques inhérents aux environnements techniques dans lesquels se déroulent les activités de e-administration.

---

38 Joel REIDENBERG, « La régulation d'Internet par la technique et la Lex informatica », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Science Po et Dalloz, 2005, p. 81.

Ainsi, afin d'assurer le développement de systèmes d'information qui soient pleinement compatibles avec les exigences des lois, il paraît de plus en plus nécessaire de mener une analyse globale des risques associés aux gisements de même qu'aux mouvements de l'information au sein des environnements réseautiques. Une telle analyse doit nécessairement tenir compte des caractéristiques de l'information qui circule afin d'assurer la gestion des programmes gouvernementaux. Elle doit aussi envisager les responsabilités incombant aux entités exerçant la maîtrise sur les divers environnements d'information.

### **Conclusion**

Si le droit prend une place indiscutable dans la structuration des cadres assurant le développement de la gouvernance en ligne, il paraît de plus en plus manifeste que c'est moyennant des approches différentes des formalismes hérités de l'univers du papier.

Les principaux problèmes juridiques relatifs au développement du e-gouvernement tiennent à des changements dans les façons de concevoir et d'appliquer le droit. Les transformations du droit administratif résultent de tendances lourdes ne découlant pas seulement des mutations technologiques. L'avènement du e-gouvernement a lieu à une période historique où émergent de « nouveaux paradigmes étatiques ». À bien des égards, les problématiques du e-gouvernement participent de celles, plus larges, qui concernent les « nouvelles technologies de pouvoir ».

La nécessité de regrouper des ressources importantes afin d'offrir des paniers de services publics de plus en plus personnalisés dans le cyberspace porte à un décloisonnement du public et du privé. Compte tenu de la façon dont est constitué le cyberspace, le recours aux partenariats publics-privés dans la mise en place de certains types de services en ligne contribue encore plus à brouiller les catégories juridiques classiques.

La facilité d'interaction mise à portée de main grâce à l'espace-réseau peut en partie expliquer la préférence pour des solutions

consensuelles et la généralisation du recours à des approches de contractualisation. Les formes horizontales d'interaction à des fins de coopération posent toutefois la question de déterminer comment s'accomplit l'obligation de rendre compte dans cet univers. Au plan épistémologique, l'émergence et la généralisation des technologies de l'information supposent une transformation du savoir juridique.

Dans un pareil contexte, les exigences de l'État de droit découlent de la recherche de l'équivalence fonctionnelle des garanties qu'il suppose pour les citoyens de même que pour la gouvernance de l'État lui-même.

Une telle recherche suppose d'analyser les enjeux des processus et activités de même que les normativités découlant des outils techniques pouvant impliquer des choix par défaut dans la mesure où ceux-ci ne sont pas forcément neutres au regard des valeurs de l'État de droit.