

INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL AND DATA LAW

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE

Vol. 2 - 2016



ISSN 2553-6893

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-**BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

GOVERNEMENT ET TRANSPARENCE A L'ÈRE DU NUMÉRIQUE : UNE PERSPECTIVE ÉTATS-UNIENNE

par **Russell L. WEAVER** Professeur de droit, Faculté de Droit Louis D. Brandeis, Université de Louisville (Ky, USA) et **Laurence BOISSIER**, Maître de Conférences, Université Paul Valéry Montpellier (France).

A l'aube du siècle des Lumières et sous l'influence d'écrivains tels que John Locke¹ et Thomas Paine,² le concept du Droit divin³ est tombé en discrédit,⁴ faisant place à l'apparition d'une toute nouvelle conception du gouvernement et de l'autorité gouvernementale. Aux États-Unis, cette nouvelle conception a trouvé sa place dans la Déclaration d'Indépendance américaine⁵ qui rejetait de manière implicite le concept du Droit divin et proclamait la suprématie des principes démocratiques : « Les gouvernements sont institués parmi les Hommes, et leurs justes pouvoirs émanent du consentement des gouvernés. »⁶ Au fil des siècles, la gouvernance démocratique et le concept du « consentement des gouvernés » en sont venus à incorporer deux éléments essentiels. Premièrement, une société libre et démocratique doit inclure et doit reposer sur le droit à la liberté d'expression.⁷ Si tous les citoyens sont libres de décider pour qui voter et quelles idées ou propositions soutenir et promouvoir ; alors ils doivent être libres de faire circuler leurs idées entre eux, et d'essayer de persuader les autres citoyens de leurs points de vue et de leurs candidats préférés.⁸ Deuxièmement, le peuple doit avoir accès à l'information relative au fonctionnement du gouvernement. Il est en effet difficile de participer utilement au processus démocratique ou bien de demander aux institutions démocratiques d'être responsables lorsque le gouvernement dissimule des

¹ JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government* (1689); JOHN LOCKE, *Questions Concerning the Law of Nature* (1664).

² THOMAS PAINE, *Common Sense*, p. 3 (1776) (Dover ed. 1997).

³ Voir *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44, 96 (1996) (noter « qu'il y a des siècles », existait une « croyance selon laquelle le monarque régnait par la volonté de Dieu » ; [traduction personnelle]).

⁴ Voir THOMAS PAINE, *Common Sense*, pp. 6 & 13-14 (1776) (Dover ed. 1997).

⁵ Déclaration d'Indépendance des États-Unis (4 juillet 1776).

⁶ Traduction personnelle.

⁷ Voir C. EDWIN BAKER, "Scope of the First Amendment Freedom of Speech", 25 *U.C.L.A. L. Rev.* 964 (1978); ROBERT H. BORK, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Ind. L.J.* 1 (1971); THOMAS I. EMERSON, "Toward a General Theory of the First Amendment", 72 *Yale L.J.* 877 (1963); ALEXANDER MEIKLEJOHN, "The First Amendment as an Absolute", 1961 *S. Ct. Rev.* 245; RUSSELL L. WEAVER, *Understanding the First Amendment*, pp. 10-13 (5^{ème} ed. 2014).

⁸ Voir *Id.*

informations et prive le public d'informations sur son fonctionnement.⁹

Cet article évalue brièvement l'état de la transparence aux États-Unis à l'ère du numérique. Il débute en retraçant l'évolution des principes de transparence au siècle dernier, en s'attachant principalement à une perspective qui, de fait, ne connaît pas le numérique. Comme nous allons le voir, tandis que les États-Unis ont accompli de grandes avancées vers la mise en place d'un gouvernement plus ouvert, plus enclin à la transparence, et plus en accord avec les idéaux démocratiques, le gouvernement américain reste toutefois très éloigné de cet idéal à de multiples égards.

§ 1 – LES EFFORTS DES ÉTATS-UNIS POUR PROMOUVOIR L'OUVERTURE ET LA TRANSPARENCE DU GOUVERNEMENT : AVANCEES ET ECHECS

Nul ne peut contester que le gouvernement américain a progressivement adopté une attitude favorable à plus d'ouverture et plus de transparence qu'au siècle dernier. Avant les années 1930 ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements des États fédérés n'étaient soumis à grand-chose en termes d'obligations de transparence. Par exemple, bien que la constitution américaine prévoit que « les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, les juges de la cour suprême, et tous les autres officiers des États-Unis dont les nominations ne sont pas prévues dans ce texte » ne puissent être confirmés que sur « l'avis et le consentement » du Sénat américain,¹⁰ durant la plus grande partie de l'histoire des États-Unis, ces auditions de confirmation ont été fermées au public.¹¹ Par ailleurs, avant les années 1930, les agences de l'Administration n'avaient pas l'obligation de publier les règles et règlements qu'elles proposaient, encore moins leurs avis et leurs choix sur les mesures prises ; ce qui avait pour résultat une absence totale d'ouverture et de transparence dans le processus de promulgation de ces règles et règlements.¹² La méthode classique consistait pour les agences à tout simplement annoncer leurs souhaits de réglementation, et ensuite à les concrétiser.

Il faut attendre le début du XX^e siècle pour que le gouvernement américain réalise des avancées significatives dans les domaines de l'ouverture et de la transparence. Le mouvement a démarré avec les procédures du Sénat américain d'examen des candidatures à la Cour suprême fédérale. Il y a environ un siècle, le Sénat américain a rompu avec la tradition et a commencé à tenir des auditions

⁹ Voir JOHN M. ACKERMAN & IRMA E. SANDOVAL-BALLESTEROS, "The Global Explosion of Freedom of Information Laws", 58 *Admin. L. Rev.* 85, 89 (2006); KATHERINE MCFATE, "Keynote Address: The Power of an Informed Public", 38 *Vt. L. Rev.* 809, 825.

¹⁰ Traduction personnelle, U.S. Constitution, Art. II, cl. 2, sec. 2.

¹¹ Voir RICHARD S. BETH & BETSY PALMER, *Supreme Court Nominations: Senate Floor Procedure and Practice, 1789-2011* 10 (2011).

¹² Voir WILLIAM E. FUNK, SIDNEY SHAPIRO & RUSSELL L. WEAVER, *Administrative Law*, p. 740 (West, 5th ed., 2014).

publiques de confirmation de nomination.¹³ Le résultat de cette ouverture est très intéressant et instructif. Alors que de nombreuses auditions de confirmation étaient contestées avant la période d'ouverture de ces auditions au public, une fois la procédure devenue publique,¹⁴ il s'en est suivi un plus vif intérêt et un plus grand engagement de la part des citoyens. Ceux-ci en effet se sont progressivement rendu compte que les prises de position des candidats jouent un rôle important dans la manière dont ils rendent leurs décisions. C'est ainsi que peu à peu le public s'est galvanisé à la fois pour et contre certains candidats à la nomination.¹⁵ À titre d'exemple, quand Robert Bork s'est présenté devant le Sénat dans le cadre de sa candidature à la Cour suprême fédérale,¹⁶ le public a procédé à un examen minutieux et rigoureux de la candidature en se concentrant sur des questions hautement controversées.¹⁷ Cela a stimulé des groupes d'intérêt ou associations qui se sont activement opposés à cette candidature¹⁸ en protestant vivement contre les positions de Robert Bork sur les questions des droits civiques¹⁹ et de l'avortement.²⁰ De nos jours, les tentatives pour influencer le Sénat dans sa procédure de confirmation d'un candidat sont devenues monnaie courante avec des groupes d'intérêt qui se mobilisent de manière systématique pour peser sur le Sénat et entraver les nominations.²¹

L'avancée majeure suivante concernant l'ouverture et la transparence a eu lieu dans les années 1930 lorsque le Congrès américain a adopté sa première grande loi fédérale sur « l'ouverture du gouvernement », intitulée Administrative Procedure Act (APA) ;²² en d'autres termes, loi sur la procédure administrative. Avant l'adoption de cette loi, les agences étaient libres de procéder de façon unilatérale à des modifications réglementaires sans consultation ni du public ni des entités réglementées.²³ La loi APA a modifié le statu quo en instituant deux procédures différentes pour créer les règles : une procédure « formelle » et une procédure « informelle. »²⁴ La loi imposait que les règles formelles, également dénommées « règles décisionnelles », soient créées selon des procédures « de type-procès » qui prévoyaient des citations, des productions de preuves, et des procédures classiques utilisées dans

¹³ Voir BETH & PALMER, *supra* note 11, page 10.

¹⁴ *Id.* pp.10-11.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Voir LINDA GREENHOUSE, "Washington Talk: The Bork Nomination; In No Time At All, Both Proponents and Opponents are Ready For Battle", *The New York Times* A24 (9 juillet 1987).

¹⁷ Voir PHILIP SHENON, "The Bork Hearings: Poll Finds Public Opposition to Bork is Growing", *The New York Times* A20 (24 septembre 1987).

¹⁸ Voir GREENHOUSE, *supra* note 16.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Voir ANDREW ROSENTHAL, "Bork Gives Abortion Rights Convention Something to Shout About", *The New York Times* A12 (13 juillet 1987).

²¹ *Id.* page 14; voir également NEIL A. LEWIS, "Gay Rights Groups Join Opposition to Ashcroft for Justice Department", *The New York Times* A15 (9 janvier 2001).

²² 5 U.S.C. § 551, *et seq.*

²³ Voir FUNK, SHAPIRO & WEAVER, *supra* note 12, page 740.

²⁴ 5 U.S.C. § 553.

les procès.²⁵ Même si ces procédures formelles continuent d'exister, très peu d'agences y recourent étant donné la difficulté et l'extrême lourdeur de leur mise en œuvre. Aujourd'hui, la grande majorité des agences gouvernementales américaines recourt à des procédures « informelles » pour créer quasiment toutes les règles. Pour cela, les agences doivent publier au Registre fédéral américain (US Federal Register) un avis de projet de réglementation (Notice Of Proposed Rulemaking ou NOPR)²⁶ qui porte ainsi à la connaissance du public la nouvelle règle proposée.²⁷ Cet avis doit comprendre trois types d'informations spécifiques : « (1) la déclaration du moment, du lieu, et de la nature de la procédure de réglementation publique ; (2) la référence à l'autorité légale sous laquelle la règle est proposée ; et (3) soit les modalités ou le fondement de la règle proposée soit une description des enjeux qu'elle soulève. »²⁸ En plus de donner aux parties intéressées l'occasion de commenter les avis (NOPR)²⁹ et de demander aux agences de « prendre en considération » ces commentaires,³⁰ la loi APA demande également à ces dernières de faire « une déclaration générale concise » du « point de départ et du but » de chaque règle définitive qu'elles font.³¹ Ceci étant dit, les procédures de réglementation prévues par la loi APA dispensent aussi les agences de fournir divers types d'informations.³²

L'adoption des procédures de réglementation prévues par la loi APA a eu pour effet d'augmenter la participation citoyenne autant que dans les procédures de confirmation de nomination à la Cour suprême fédérale. Chaque fois que les agences administratives proposent une nouvelle règle ou un nouveau règlement, il est tout à fait habituel pour les particuliers et les organismes impactés de soumettre des commentaires, des modifications et des amendements. Dans certaines situations, ce sont les organismes réglementés qui se mobilisent (comme ils le font dans le cas des propositions de nomination à la Cour suprême fédérale) pour présenter une argumentation détaillée en faveur autant qu'à l'encontre des propositions de modifications de la réglementation.³³

La loi APA faisait aussi la promotion de l'ouverture du gouvernement parce qu'elle demandait aux agences administratives de communiquer volontairement au public divers types d'informations, y compris la publication des « règles d'interprétation et des déclarations de politique générale. »³⁴ Toutefois, même si la loi APA a été bénéfique au sens » où elle était

²⁵ 5 U.S.C. §§ 556-557.

²⁶ 5 U.S.C. § 553(b).

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* § 553(c).

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.* § 553.

³² 5 U.S.C. § 553 (a)(1) & (2), et (b)(3)(A) & (B).

³³ Voir STEVEN P. CROLEY, "Public Interested Regulation", 28 *Fla. St. L. Rev.* 7, 96 (2000).

³⁴ 5 U.S.C. § 553(d).

conçue pour demander aux agences de divulguer volontairement des informations au public, il n'en demeure pas moins que les obligations de divulgation se limitaient à certains types d'informations comme des documents relatifs aux réglementations, aux règles d'interprétation et aux déclarations de politique générale, ce qui ne créait pas un droit général d'accès aux documents des agences.³⁵ Qui plus est, l'obligation de publication des règles d'interprétation et des déclarations de politique générale a été fréquemment ignorée par les agences administratives, et cela sans conséquence pour elles,³⁶ bien que la loi sur la liberté de l'information (FOIA) prétende imposer des sanctions aux agences qui ne satisfont pas à leurs obligations de divulgation de l'information.

Faisant suite à la loi APA, d'autres lois ont été votées par le Congrès américain pour promouvoir l'ouverture et la transparence. On peut citer par exemple dans les années 1960 le vote par le Congrès de la loi sur la liberté de l'information (Freedom Of Information Act)³⁷ qui donne aux particuliers et aux sociétés un droit d'accès à l'information détenue par le gouvernement américain. Cette loi (FOIA) est une loi de « divulgation » ou de « communication » de l'information parce que le Congrès supposait que le gouvernement communiquerait les documents demandés plutôt que de faire le contraire.³⁸ En effet, la loi FOIA déclare tout particulièrement qu'à chaque demande de documents qui décrit de manière raisonnable ces documents et qui est faite conformément aux règles publiées portant sur le moment, le lieu, les frais (le cas échéant), et les procédures à respecter [les agences] doivent mettre rapidement ces documents à la disposition de tous.³⁹ Néanmoins, les agences ont vingt jours pour décider si elles donnent satisfaction à une requête,⁴⁰ et ce délai peut être suspendu si l'agence demande un complément d'information ou s'il est nécessaire de clarifier la question de l'application d'honoraires.⁴¹ Au cas où l'agence ne respecte pas les délais impartis, elle ne peut en aucun cas réclamer à la partie demanderesse de régler des frais de recherche en l'absence de « circonstances inhabituelles ou exceptionnelles. »⁴²

Même si la loi FOIA est une loi de divulgation, elle n'impose pas la communication de tous les documents du gouvernement. Quoique cette loi suppose la divulgation, elle autorise toutefois de manière explicite les agences administratives à ne pas révéler diverses informations telles que des informations classées « secret », des règles et pratiques internes des agences, des informations tout spécialement exonérées de divulgation par la loi ; des informations commerciales privées et secrètes, des informations privilégiées entre agences ou internes aux agences, des dossiers sur les

³⁵ Voir FUNK, SHAPIRO & WEAVER, *supra* note 12, page 740.

³⁶ Voir JAMES T. O'REILLY, *Federal Information Disclosure*, § 6.05 pp.6-19 (2nd ed. 1995).

³⁷ 5 U.S.C. § 552 (1982).

³⁸ 5 U.S.C. § 552(a)(3).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* § 552(a)(6)(A)(I).

⁴¹ *Id.* § 552(a)(6)(A)(1) & (2).

⁴² *Id.*

personnels, des dossiers médicaux, ou d'autres dossiers similaires dont la communication constituerait clairement une intrusion injustifiée dans la vie privée ; des informations rassemblées à des fins d'application de la loi, des informations ayant trait à des rapports rédigés pour ou par une agence impliquée dans la réglementation d'institutions financières, et des informations géologiques concernant les puits.⁴³

En plus des lois APA et FOIA, le Congrès a promulgué la loi fédérale sur les comités consultatifs (Federal Advisory Committee Act ou FACA),⁴⁴ la loi « Government in the Sunshine »⁴⁵ qui impose la publication des débats pour les décisions administratives, et des amendements à la loi FOIA.⁴⁶ Les deux premières lois visaient à permettre aux particuliers, aux organisations, aux associations, de comprendre le fonctionnement du gouvernement et de renforcer l'ouverture et la transparence gouvernementales. Il faut ajouter à cela le fait que les assemblées législatives de nombreux États ont adopté leurs propres dispositions sur la communication de documents semblables aux dispositions de la loi FOIA.⁴⁷

En dépit des avancées vers l'ouverture et la transparence gouvernementales survenues aux États-Unis, la possibilité donnée aux Américains de participer au processus gouvernemental est curieusement frappée d'un manque significatif de transparence. Plusieurs raisons de nature différente expliquent ces difficultés. Concernant la loi FOIA, par exemple, de nombreuses agences ne respectent pas totalement les termes de ladite loi,⁴⁸ en ne créant pas de catalogue des décisions qu'elles rendent,⁴⁹ en ne respectant pas les délais de production des documents prévus par la loi,⁵⁰ et en connaissant des « retards importants dans le traitement des demandes soumises dans le cadre de la loi – retards qui empêchent de rendre des décisions opportunes. »⁵¹ Diverses raisons expliquent ces problèmes : entre autres, un manque de financement suffisant,⁵² et une absence de mécanismes⁵³ dont le résultat est que le « public n'a aucun moyen efficace ni précis de connaître les informations que l'agence détient et [n'a aucune idée de] la manière dont les dossiers sont organisés, la durée de leur conservation, ou encore le lieu où ils sont stockés. »⁵⁴ Bien que le Congrès ait amendé la loi

⁴³ 5 U.S.C. § 552(b).

⁴⁴ 5 U.S.C. app. §§1-15 (2000) (promulguée en 1972).

⁴⁵ 5 U.S.C. s 552b(b), (h) (1994).

⁴⁶ Voir FUNK, SHAPIRO & WEAVER, *supra* note 12, pp.667-668.

⁴⁷ Kentucky Open Records Act, KRS 61.878(1)(h). [Loi de l'État du Kentucky].

⁴⁸ Voir FUNK, SHAPIRO & WEAVER, *supra* note 12, page 742.

⁴⁹ Voir General Accounting Office, *Freedom of Information Act: Noncompliance with Affirmative Disclosure Provisions* (1986).

⁵⁰ Voir FUNK, SHAPIRO & WEAVER, *supra* note 12, p.742.

⁵¹ *Id.*

⁵² Voir MICHAEL E. TANKERSLEY, "How the Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1966 Update Public Access for the Information Age", 50 *Ad. L. Rev.* 421, 423 (1998).

⁵³ Voir *id.* page 424.

⁵⁴ Department of the Interior, *Report of the Nat'l Performance Rev. Freedom of Information Act Reinvention Team*, Gateway to Government Information, p. 11 (1995).

FOIA⁵⁵ dans le souci de résoudre certains de ces problèmes, de nombreuses difficultés subsistent.⁵⁶

§ 2 – L'IMPACT DES INNOVATIONS NUMÉRIQUES SUR L'OUVERTURE ET LA TRANSPARENCE

L'avènement de l'ère numérique a amélioré la transparence à de nombreux égards et a transformé les interactions entre le gouvernement américain et l'ensemble des citoyens. Le mouvement vers la numérisation s'est appuyé en partie sur la loi de réduction des formalités administratives votée en 1995 (Paperwork Reduction Act) suivie, trois ans plus tard, de la loi sur l'élimination de la documentation papier du gouvernement (Government Paper Elimination Act, 1998), lesquelles demandaient aux agences gouvernementales de réduire leur utilisation de papier.⁵⁷ Toutefois, le mouvement a également été encouragé au motif qu'il a un impact certain sur les relations entre le gouvernement et les citoyens.⁵⁸ La numérisation a accru « la participation citoyenne à travers le vote électronique, les assemblées publiques virtuelles, les cybercampagnes, les sondages sur les réactions du public, les enquêtes publiques, les forums communautaires, et l'accès aux ordres du jour et comptes rendus de réunions. »⁵⁹ En d'autres termes, « les initiatives qui découlent des technologies de l'information, désormais connues sous l'appellation de gouvernement électronique, modifient la manière dont le secteur public fonctionne et interagit avec les citoyens, les entreprises, et les autres gouvernements. »⁶⁰

Les sites web du gouvernement illustrent parfaitement l'impact et la portée de la numérisation. La loi de 2002 sur le gouvernement électronique (E-Government Act) prévoyait que les agences fédérales gèrent des sites web comprenant différentes catégories d'informations.⁶¹ Selon un commentateur, cette loi a conduit à la création de quelque 10 000 sites web gouvernementaux tant au niveau fédéral qu'au niveau des gouvernements de chaque État, et au niveau des gouvernements locaux.⁶² Ces sites web fournissent plusieurs types d'informations différentes dont « les noms des représentants du gouvernement, les adresses et numéros de téléphone des agences, les publications en ligne, les adresses email,

⁵⁵ Pub. L. No. 104-231, 110 Stat. 3048 (1996) (codifié sous 5 U.S.C. § 552 (Supp. II 1996)).

⁵⁶ Voir TANKERSLEY, *supra* note 52, p.450.

⁵⁷ Voir MARK LAVIGNE, "Electronic Government: A Vision of a Future That is Already Here", 52 *Syracuse L. Rev.* 1243, 1245 (2002).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* page 1246.

⁶⁰ Voir MARK LAVIGNE, "Electronic Government: A Vision of a Future That is Already Here", 52 *Syracuse L. Rev.* 1243, 1244 (2002).

⁶¹ Voir JILLIAN RAINES, "The Digital Accountability and Transparency Act of 2011 (Data): Using Open Data Principles to Revamp Spending Transparency Legislation", 57 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 313, 322 (2012-2013).

⁶² *Id.*

de même que d'autres éléments qui ont trait à telle ou telle entité gouvernementale spécifique. »⁶³

Le gouvernement fédéral utilise à présent des sites web pour publier de nombreuses informations diverses et variées. À titre d'exemple, les cours fédérales ont « mis en place un système d'accès public aux archives électroniques des tribunaux (Public Access to Court Electronic Records ou PACER) »⁶⁴ et le Congrès a créé le site [Congress.gov](http://www.congress.gov)⁶⁵ qui publie désormais sous forme électronique chaque loi présentée devant le Congrès de même que d'autres informations relatives aux activités de cette institution.⁶⁶ D'autres sites web s'occupent de questions particulières. On peut citer la loi fédérale sur la transparence et la responsabilité en matière de financement (Federal Funding Accountability and Transparency Act ou FFTA) et la loi de 2009 sur le remboursement et les nouveaux investissements américains (American Recovery and Reinvestment Act) qui rendent obligatoire la divulgation d'informations sur « les données relatives aux dépenses du gouvernement par souci de mieux contrôler le gaspillage, la fraude, et les abus commis par ce dernier. »⁶⁷ Ces lois ont conduit à la création de [USASpending.gov](https://www.usaspending.gov)⁶⁸ et [Recovery.gov](https://www.recovery.gov),⁶⁹ « des sites web qui permettent au public d'accéder à et de rechercher des informations rassemblées par les agences fédérales sur les dépenses du gouvernement. »⁷⁰ Par ailleurs, [Grants.gov](http://www.grants.gov)⁷¹ « fournit au public une banque centrale d'informations sur les opportunités de subventions et de contrats auprès de toutes les agences fédérales. »⁷² La loi FFTA de 2006 qui est également reliée au site [USASpending.gov](https://www.usaspending.gov) permet au public de « consulter, rassembler, et évaluer les informations fournies par les bénéficiaires de l'argent et des contrats publics » et, par là même, rechercher « le gaspillage et les dépenses inefficaces du gouvernement fédéral. »⁷³ Il faut, de surcroît, mentionner la loi de 2009 sur le remboursement et les nouveaux investissements⁷⁴ qui a créé le Conseil de la transparence et de la responsabilité en matière de remboursement (Recovery Accountability and Transparency Board ou RATB) pour surveiller les versements de fonds liés aux remboursements mais aussi pour « détecter et empêcher la fraude, le gaspillage, et la mauvaise gestion. »⁷⁵ RATB publie ces informations en ligne sur le site [Recovery.gov](https://www.recovery.gov).⁷⁶

⁶³ LAVIGNE, *supra* note 60, p.1247.

⁶⁴ <http://www.pacer.gov>

⁶⁵ <https://www.congress.gov>

⁶⁶ Voir RAINES, *supra* note 61, p.322.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ <https://www.usaspending.gov>

⁶⁹ <https://www.recovery.gov>

⁷⁰ Voir RAINES, *supra* note 61, page 322.

⁷¹ <http://www.grants.gov/>

⁷² Voir RAINES, *supra* note 61, p.327.

⁷³ *Id.* page 328.

⁷⁴ Pub. L. No. 111-5, 123 Stat. 115 (2009).

⁷⁵ Voir RAINES, *supra* note 61, p.333.

⁷⁶ *Id.*

Dans des domaines plus spécifiques, des agences gouvernementales dédiées commencent à publier des informations en grande quantité. Par exemple, l'Agence de protection de l'environnement (EPA) est la parfaite illustration de ce phénomène. À une époque, il n'était pas aisé pour un citoyen lambda d'obtenir des informations sur l'environnement et de pouvoir les analyser.⁷⁷ Cette tâche incombait dans une large mesure aux grandes organisations de défense de l'environnement qui avaient les moyens d'engager beaucoup de personnel.⁷⁸ Avec l'avènement d'Internet, la donne a complètement changé. Le professeur de droit William Gilles est un ardent défenseur de l'idée de « sousveillance », une idée selon laquelle les membres de la société peuvent observer les actions des acteurs gouvernementaux et, ensuite, essayer d'influencer ces actions.⁷⁹ Il décrit la sousveillance comme « la tendance grandissante de tous les citoyens à surveiller, scruter, et contrôler, depuis la base, les pratiques de leur gouvernement ou, encore plus largement, les actions de tout un chacun grâce à la démocratisation des outils de la technologie de l'information et de la communication (TIC). »⁸⁰ À l'époque moderne, la sousveillance est facilement réalisable. Selon un commentateur, « aujourd'hui, un défenseur de l'environnement qui possède un modem d'une capacité de 56 K et un abonnement à Internet qui lui coûte 20 dollars par mois a plus de pouvoir que n'en avait il y a dix ans un ensemble d'agents pour obtenir des informations, pour communiquer, et pour occuper une place dans le processus de participation. »⁸¹

Pour accéder aux informations sur l'environnement, le public peut s'appuyer sur un certain nombre de sites web, dont des sites gouvernementaux.⁸² Par exemple, l'Agence américaine de protection de l'environnement (EPA) dispose d'un site web intitulé Envirofacts⁸³ dont le but est de fournir « des informations pluriannuelles sur les sources fixes de pollution de l'air ; sur les producteurs de grandes quantités de déchets dangereux ; sur les installations de traitement, de stockage et d'élimination des déchets ; sur les sites Superfund ;⁸⁴ sur les installations qui ont l'obligation de développer des plans de gestion des risques en vertu de la loi sur la qualité de l'air (Clean Air Act) ; sur les installations qui rendent des rapports faisant l'inventaire de rejets toxiques mentionnés dans des publications multimédias sur les produits

⁷⁷ KEITH HARLEY & HOLLY D. GORDON, "Public Participation and Environmental Advocacy in the Internet Era", 16 *Nat. Resources & Environment* 296 (2001).

⁷⁸ *Id.* (le personnel était constitué de scientifiques, d'experts et de juristes.)

⁷⁹ WILLIAM GILLES & IRENE BOUHADANA, "From the Right to Be Let Alone to the Right to Be Forgotten: How Privacy Is Moving in the Collecting Data Age", in RUSSELL L. WEAVER, STEVEN I. FRIEDLAND, WILLIAM GILLES & IRENE BOUHADANA, *Privacy in a Digital Age: Perspectives from Two Continents* ____ (2016) (à paraître).

⁸⁰ *Id.* page ____.

⁸¹ Voir Harley & Gordon, *supra* note 77.

⁸² Voir *id.*

⁸³ www.epa.gov/enviro

⁸⁴ Note personnelle : les sites Superfund sont aux États-Unis des sites pollués pour lesquels la loi prévoit une obligation de nettoyage et de réhabilitation.

chimiques toxiques ; et sur les installations qui doivent communiquer sur leurs rejets d'eaux usées conformément au système d'autorisations (Permit Compliance System).⁸⁵ Certains analystes brandissent Envirofacts comme « une des meilleures sources d'informations sur l'environnement sur Internet » parce que l'information est accessible sous divers formats (par exemple, « sous forme de cartes, aussi bien que sous forme de listes par site, produit chimique, et média »), parce que Envirofacts est d'une utilisation facile grâce à un formulaire « à trous », et parce que « presque toutes les informations trouvées sur le site proviennent directement des rapports faits par le secteur industriel lui-même et remis à l'Agence américaine de protection de l'environnement et/ou à ses homologues dans chaque État, dans le cadre des mandats imposés par la loi. »⁸⁶

Il existe également des sites web privés qui peuvent être consultés en complément du site web de l'EPA. On peut citer le Réseau du droit de savoir (Right-To-Know Network)⁸⁷ qui « fournit des informations tirées des dossiers du gouvernement sur les accidents chimiques et les rejets sans autorisation ; les tests chimiques et les recours civils au niveau fédéral ; ainsi que d'autres informations sur par exemple les recensements, l'environnement, et la cartographie. »⁸⁸ Il faut ajouter à cela l'organisation non gouvernementale Environmental Defense Fund (EDF) qui gère le site web Scorecard.⁸⁹ Ce site publie des informations dans le souci d'encourager et de soutenir l'activisme » et se concentre sur des questions « telles que l'empoisonnement au plomb et les eaux de ruissellement des parcelles d'élevage », sans compter qu'il propose « un système de classement des rapports où les États (et dans la plupart des cas, des plus petites zones géographiques) ainsi que les sites sont comparés les uns aux autres. »⁹⁰ Un autre site web est géré par l'organisation écologiste Natural Resources Defense Council (NRDC, Conseil de défense des ressources naturelles) qui met en ligne des informations liées au Projet d'Exposition Cumulée (Cumulative Exposure Project ou CEP) de l'Agence pour la protection de l'environnement. On y trouve des comparaisons de « concentrations modélisées de toxines dans l'air ambiant avec les indices de référence de santé établis par l'EPA.⁹¹ À l'aide de cartes et autres graphiques, le site de cette organisation (www.nrdc.org/airpollution/cep) décrit dans quelle proportion les cumuls de ces toxines présentes dans l'air dépassent les normes de

⁸⁵ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p. 297.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ www.rtknet.org

⁸⁸ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p. 297.

⁸⁹ www.scorecard.org

⁹⁰ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p. 297.

⁹¹ *Id.*

santé en différents points du pays.»⁹² D'autres sites web comparables à ceux-là existent aussi.⁹³

Plus important encore, il y a la présence de sites web gouvernementaux auxquels les particuliers peuvent recourir pour trouver des données scientifiques et techniques qui vont leur permettre d'évaluer les informations environnementales consultées sur des sites comme Envirofacts.⁹⁴ Par exemple, le Bureau de la planification et des normes de qualité de l'air dispose du Réseau de transfert de technologie (Technology Transfer Network)⁹⁵ pour fournir un « centre de renseignements scientifiques et techniques utilisés par l'EPA pour lancer ses activités multiples dans le cadre de la loi sur la qualité de l'air. »⁹⁶ Ce site web englobe d'une part les technologies de contrôle maximal disponibles (Maximum Achievable Control Technology ou MACT) dont font partie les informations sur le contrôle des émissions et le contrôle de la pollution rapportées par le secteur de l'industrie, et d'autre part, le Groupe d'évaluation du transport d'ozone (Ozone Transport Assessment Group) qui décrit « les transports d'oxyde d'azote (NOx) à travers les États de l'Est des États-Unis. »⁹⁷ Naturellement, les particuliers peuvent aussi utiliser les répertoires des moteurs de recherche pour accéder à des sites web privés qui fournissent des renseignements techniques, comme le répertoire électronique de Google qui « propose de nombreuses sous-catégories de sites Internet pour le terme “environnement”, à savoir dix sites sur l'éthique environnementale, soixante-seize sites sur les forêts et les forêts tropicales humides, et 385 sites sur la biodiversité. »⁹⁸

En plus de l'accès sur Internet aux informations techniques et scientifiques, les particuliers peuvent aussi accéder aux informations juridiques en lien avec l'environnement, et ce, à travers des sites tels que Findlaw et GPO Access⁹⁹ du Bureau des publications du gouvernement américain (Government Printing Office). Findlaw¹⁰⁰ « fournit à tous les défenseurs de l'environnement un large éventail de documents juridiques et de liens utiles vers des ressources juridiques. » On y trouve par exemple le Code des États-Unis, le Code de la réglementation fédérale et les avis du Registre fédéral (US Federal Register), de même que les lois et codes administratifs de nombreux États, sans compter certains avis de la Cour suprême fédérale et des opinions des juridictions inférieures.¹⁰¹ « Findlaw fournit aussi des liens vers des sites web d'associations juridiques à but non lucratif ainsi que des informations sur la Chambre des Représentants et le Sénat

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ www.epa.gov/ttn.

⁹⁶ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p. 297.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* pp. 297-298.

¹⁰⁰ www.findlaw.com.

¹⁰¹ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p. 298.

américains, et sur le Conseil de la qualité de l'environnement. »¹⁰² De son côté, GPO Access¹⁰³ fournit également de nombreux documents semblables à ceux disponibles sur Findlaw parmi lesquels un recueil des avis précédents de la Cour suprême fédérale ainsi que « des projets de loi et des rapports d'auditions du Congrès américain, des rapports de la Chambre des Représentants et du Sénat, et les *Congressional Records* [archives du Congrès]. »¹⁰⁴ Ainsi, au-delà de la simple publication des informations en ligne, l'ère numérique a renforcé la capacité du citoyen moyen à participer au processus gouvernemental de prise de décision. Sur le Net, les agences gouvernementales peuvent informer le public des projets de réglementation en publiant des avis de projet de réglementation (NOPR) à la fois au Registre fédéral et en ligne.¹⁰⁵ Quiconque peut ainsi accéder au processus de réglementation de l'EPA sur le web.¹⁰⁶ Au niveau local, c'est-à-dire au niveau des États et des régions, les agences de protection de l'environnement mettent désormais en ligne des projets de permis, des avis publics, des permis définitifs, des documents de synthèse, et des renseignements sur les points de contact.¹⁰⁷ Dans l'État de l'Illinois, les permis d'émissions atmosphériques sont postés sur un site web unique (www.epa.gov/ARD-R5/permits).¹⁰⁸ Par ailleurs, les agences peuvent donner la possibilité à l'ensemble des citoyens de soumettre des commentaires en ligne sur les avis de projet de réglementation grâce à des cases spéciales du type « cliquez ici pour laisser un commentaire. »¹⁰⁹ Les agences peuvent même permettre aux participants de voir les commentaires déposés par d'autres et d'y répondre, voire d'apprécier et d'évaluer d'autres commentaires.¹¹⁰ Bien sûr, il n'y a pas que du bon dans une participation citoyenne débridée puisque les possibilités offertes de laisser des commentaires en ligne présentent des risques d'abus ou encore peuvent constituer une surcharge de données.¹¹¹

CONCLUSION

La liberté d'expression est une composante essentielle du processus démocratique. Afin de choisir leurs représentants ou d'exprimer leur opinion sur des projets de mesures ou des idées de politique, les citoyens dans leur ensemble doivent avoir le droit d'exprimer librement et ouvertement leurs convictions. Néanmoins, pour que la liberté d'expression soit effective, l'ouverture et la transparence gouvernementales sont tout aussi essentielles. À moins de fournir

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ www.access.gpo.gov.

¹⁰⁴ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77, p.298.

¹⁰⁵ Voir BETH SIMONE NOVECK, "The Electronic Revolution in Rulemaking", 53 *Emory L.J.* 433 (2004)

¹⁰⁶ www.epa.gov/fedrgstr

¹⁰⁷ Voir HARLEY & GORDON, *supra* note 77.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* p. 441.

¹¹⁰ *Id.* p.442.

¹¹¹ *Id.* pp. 442-443.

au public les informations qui relèvent du fonctionnement du gouvernement, il est impossible pour l'ensemble des citoyens d'exercer pleinement et de manière efficace son droit à commenter les actions du gouvernement. La conséquence est que la responsabilité démocratique est inextricablement liée à la transparence.

Au cours du siècle dernier, les États-Unis ont réalisé des avancées significatives en allant vers plus d'ouverture et vers plus de participation citoyenne. Les auditions devant le Sénat des candidats à la Cour suprême fédérale qui jadis se tenaient en secret sont aujourd'hui ouvertes à la participation et au contrôle du public. De plus, le Congrès a voté différentes lois visant à ouvrir les procédures et le fonctionnement du gouvernement, parmi lesquelles la loi sur la procédure administrative (APA), la loi sur la liberté de l'information (FOIA), la loi fédérale sur les comités consultatifs (FACA), et la loi «Government in the Sunshine.»¹¹² Bon nombre de ces efforts pour augmenter l'ouverture et la transparence ont renforcé la capacité de tous les citoyens à participer au fonctionnement des procédures gouvernementales.

L'avènement de l'ère du numérique a le potentiel pour pousser encore plus loin le mouvement en faveur de l'ouverture et de la transparence. En effet, les agences gouvernementales publient sur leur site Internet des quantités d'informations. Dans certains domaines, comme celui de l'environnement, le public bénéficie de cette masse d'informations accessibles en ligne. Associées à d'autres informations techniques et juridiques tantôt disponibles sur des sites web gouvernementaux tantôt sur des sites Internet non gouvernementaux, les particuliers et les associations peuvent ainsi trouver toutes les informations dont ils ont besoin pour se lancer dans la lutte pour la défense de l'environnement.

Ceci étant dit, il faut reconnaître que la situation n'est guère satisfaisante et que les avancées vers des procédures gouvernementales plus ouvertes connaissent des hésitations et restent incomplètes. Même si les lois APA et FOIA imposent aux agences de publier divers types de documents, ces lois sont fréquemment non respectées. Qui plus est, bien que la loi sur la liberté de l'information exige des agences gouvernementales qu'elles divulguent divers types d'informations sur une simple demande, cette loi se heurte à de nombreuses exceptions et doit faire face à des retards et des efforts calculés pour éviter la communication des informations. Le résultat final est loin d'être parfait, et bien en deçà de celui que l'on pourrait escompter dans un autre contexte. Pour finir, le but visé d'un gouvernement plus ouvert reste aux États-Unis un chantier en cours de réalisation dans les domaines tant du numérique que du non numérique.

En outre, il existe d'autres lacunes de taille dans la transparence. Même si le gouvernement a promulgué plusieurs lois dont la visée

¹¹² Voir *supra* note 45 (loi qui impose la publication des débats pour les décisions administratives).

est de promouvoir plus d'ouverture et de transparence, il a maintenu le secret sur des aspects majeurs de ses activités.¹¹³ Le gouvernement a, en particulier, mené des opérations de cybersurveillance massives et secrètes.¹¹⁴ Sans Edward Snowden, un consultant qui travaillait pour l'Agence de sécurité nationale américaine (NSA) et qui a volé et révélé des milliers de documents de cette agence,¹¹⁵ les Américains n'auraient probablement jamais rien su sur la taille et l'ampleur du programme de cybersurveillance.¹¹⁶ Effectivement, la taille du programme de surveillance et de collecte d'informations par la NSA était absolument ahurissante.¹¹⁷ Pour cela, l'Agence de sécurité nationale a dépensé quelque 10,8 milliards de dollars par an¹¹⁸ et a déployé un personnel d'environ 35 000 employés.¹¹⁹ Pendant de longues années, la NSA a systématiquement collecté des données sur pratiquement tout un chacun, y compris des millions de relevés d'appels de téléphones portables, de courriels, de texto, de relevés d'achats réglés par cartes bancaires, de même que des informations glanées sur les réseaux sociaux.¹²⁰ La NSA a ajouté à ce dispositif un système (musclé) qui lui permettait d'accéder avec facilité aux comptes Yahoo et Twitter.¹²¹ Au final, la NSA a intercepté environ 182 millions d'enregistrements de communications, qui couvrent aussi bien les courriels « reçus » qu'envoyés », que des informations texte, audio et vidéo.¹²² Dans une perspective d'ouverture, de transparence, et de contrôle démocratique, le programme mis en place par la NSA était tout particulièrement inquiétant. Il ne fait aucun doute que le gouvernement a un intérêt à protéger certains aspects de son programme contre des terroristes, mais la difficulté majeure dans notre cas de figure est que ce programme de la NSA s'est retrouvé enveloppé dans un secret quasi complet sans le moindre semblant de contrôle démocratique.

¹¹³ Pour une discussion plus complète et une analyse plus approfondie de ce programme et de ses implications sur la démocratie, voir RUSSELL L. WEAVER, "Cybersurveillance in a Free Society", 72 *Wash. & Lee L. Rev.* 1207 (2015).

¹¹⁴ Voir DOUG STANGLIN, "Snowden Says NSA Can Tap Email Chats", *The Courier-Journal*, A3 (1^{er} août 2013); SHANE SCOTT, "Disclosures on NSA, Surveillance Put Awkward Light on Previous Denials", *N.Y. Times*, 12 juin 2013, A 18.

¹¹⁵ Voir SCOTT SHANE, "No Morsel Too Minuscule for All-Consuming NSA: From Spying on Leader of U.N. to tracking Drug Deals, on Ethos of 'Why Not'", *The New York Times*, A10 (13 novembre 2013).

¹¹⁶ Par exemple, SCOTT, *supra* note 114, p. A18.

¹¹⁷ Voir SHANE, *supra* note 115, p. A10.

¹¹⁸ Voir *id.*

¹¹⁹ Voir *id.*

¹²⁰ Voir *id.* p. A10; voir également PETER MAASS, "How Laura Poitras Helped Snowden Spill His Secrets", *The New York Times*, § MM (13 août 2013); CHARLIE SAVAGE, "C.I.A. Ties to AT&T's Add Another Side to Spy Debate", *International Herald Tribune*, A5 (8 novembre 2013).

¹²¹ Voir BARTON GELLMAN & ASHKAN SOLTANI, "NSA Hacks Yahoo, Google: Global Data Links Expose Untold Millions of Accounts", *The Courier-Journal*, A-1 (31 octobre 2013).

¹²² Voir MARTHA MENDOZA, "Reagan's Order Led to NSA's Broader Spying", *The Courier-Journal*, A10, c. 1-6 (24 novembre 2013).