



HAL
open science

Le droit français face aux plateformes numériques de participation du public

Maxime de la Bruyère, Saïdou Diop, Loreline Dourneau

► To cite this version:

Maxime de la Bruyère, Saïdou Diop, Loreline Dourneau. Le droit français face aux plateformes numériques de participation du public. JURISdoctoria, 2024. hal-04804145

HAL Id: hal-04804145

<https://hal.science/hal-04804145v1>

Submitted on 27 Jan 2025

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

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

Le droit français face aux plateformes numériques de participation du public

Maxime de la Bruyère, Saïdou Diop, Loreline Dourneau*

Version auteur de l'article : Maxime de la Bruyère, Saïdou Diop, Loreline Dourneau, « Le droit français face aux plateformes numériques de participation du public », *Jurisdoctoria*, septembre 2024

(https://www.jurisdoctoria.net/wp-content/uploads/2024/07/eD2024-2_DE-LA-BRUYERE-DIOP-DOURNEAU.pdf)

Je me demande pourtant si cette notion [de participation] qu'on donne comme solution aux problèmes de la démocratie n'est pas plutôt une solution aux problèmes de sa critique, la menue monnaie des grandes alternatives déçues. L'idée de la participation mêle deux idées d'origine différente : l'idée réformatrice des médiations nécessaires entre le centre et la périphérie et l'idée révolutionnaire de l'activité permanente des sujets citoyens dans tous les domaines. Le mélange des deux produit cette idée bâtarde qui donne comme lieu d'exercice à la permanence démocratique le remplissage des espaces vides du pouvoir.

Jacques Rancière, *Aux bords du politique*, 1990

De manière large, une plateforme numérique de participation peut s'entendre comme un lieu dématérialisé de mise en relation entre plusieurs personnes. Notre approche se concentre sur les plateformes mises en œuvre dans le but d'une participation à une décision de l'autorité publique, plateformes s'étant multipliées ces dernières années, confirmant un mouvement d'institutionnalisation par la personne publique de la démocratie participative². Dans la suite de cet exposé, nous entendrons donc l'expression plateforme de participation du public comme tout lieu dématérialisé qui se fait support de la mise en relation du public avec l'autorité publique décisionnaire dans le cadre d'une procédure institutionnalisée. Le plus souvent, la personne publique sollicite le public destinataire de sa future décision pour connaître son avis sur son contenu mais existent également des mécanismes qui ouvrent au public la possibilité d'être à l'initiative de la procédure, la pétition étant ici l'exemple emblématique.

Cette approche implique ainsi de laisser de côté toutes les plateformes de participation échappant à l'institutionnalisation publique, les réseaux sociaux notamment. Elle implique également d'écarter les sites internet officiels ayant comme objectif la mise à disposition d'informations aux administrés. Les plateformes qui intéressent ce travail, en effet, n'ont pas pour visée la seule mise à disposition d'informations ni la seule invitation à l'exposition d'opinions plurielles, mais la production d'un résultat : elles recueillent des données de contribution et elles les traitent, minimalement les classent (que les deux dimensions soient synchrones ou distinctes, elles existent). Ces plateformes, qu'elles servent la participation au niveau local ou au niveau national, peuvent avoir été élaborées par un prestataire privé voire, très rarement, relever intégralement du secteur privé lorsque le droit prévoit des mécanismes habilitant les autorités publiques à les agréer.

Le développement de ces plateformes va de pair avec un discours valorisant un renouveau démocratique³, la participation étant alors présentée comme une solution à ce qui est repéré comme

* Doctorants contractuels à l'Institut Louis Favoreu, UMR DICE, Aix-Marseille Université.

² « Du fait du rôle central des pouvoirs publics dans le déploiement des dispositifs participatifs numérique [...], le projet d'ouverture démocratique incarné par ces acteurs s'est progressivement refermé sur une logique de prestations, au service des institutions » (MABI Cl., « La *civic tech* et la démocratie numérique pour ouvrir la démocratie ? », *Réseaux*, 2021/1 n° 225, p. 215 à 248).

³ Le sujet de la démocratie et de la participation occupe de nombreux universitaires (voir les travaux, notamment, de Loïc BLONDIAUX ou Yves SINTOMER), un groupement d'intérêt public a même été créé (voir : <http://www.participation-et-democratie.fr/>). Il est à noter toutefois que les analyses ne se concentrent pas sur les questions juridiques liées à l'usage des *civic-tech*. Parallèlement le sujet de la démocratie et du numérique occupe

une « crise » du régime représentatif. Cependant, participation ne signifie pas nécessairement décision, ni même codécision, bien au contraire.

Les procédures de démocratie participative peuvent, en effet, être systématisées selon la portée décisionnelle ou non du résultat obtenu à la fin du processus. Les procédures de participation à portée décisionnelle se définissent comme des procédures liant l'autorité consultante aux résultats du mécanisme de participation des électeurs considérés. Le référendum est l'exemple type de la consultation à portée décisionnelle⁴. À l'inverse, les procédés de participation dépourvus de portée décisionnelle se définissent comme des procédures permettant la participation d'un public en amont d'une décision relevant de la compétence de l'autorité consultante sans lier cette autorité quant aux résultats issus de la procédure de participation. Or, la quasi-intégralité, voire la totalité⁵, des procédures de participation n'ont pas de portée décisionnelle, que ces procédures soient obligatoires (notamment en matière environnementale⁶ et d'aménagement du territoire) ou qu'elles relèvent d'un choix fait par l'autorité publique dans le but de recueillir des informations utiles en amont d'une prise de décision. Une autorité publique, en effet, doit dans certaines circonstances, ou peut en tout état de cause⁷, en amont d'une prise de décision, recueillir toutes les informations utiles à cette fin, y compris les avis du public concerné. Les résultats des mécanismes de participation du public sont alors des éléments d'information qui permettent à l'autorité publique de prendre une décision de manière éclairée. Autrement dit, il ne s'agit pas, selon une approche juridique, d'un processus de délégation du pouvoir décisionnel. Cette absence de portée contraignante signifie non seulement que l'autorité publique n'est pas liée par les résultats de la consultation mais, plus encore, qu'elle ne doit pas se considérer liée, sauf à renoncer à son pouvoir d'appréciation et de décision, faisant alors preuve d'une incompétence négative pouvant conduire à l'irrégularité de la décision⁸.

Une distinction parallèle est à opérer quant au prédicat « citoyenne » qui qualifie souvent cette participation du public. Juridiquement, la citoyenneté est de définition stricte. Dans le langage courant, en revanche, l'adjectif « citoyen » renvoie à l'idée très large selon laquelle la personne agit alors en tant que membre d'une communauté politique, au nom de certaines valeurs dépassant son seul intérêt individuel. Cette ambiguïté concourt à une confusion entre portée décisionnelle ou non, entre réel suffrage et consultation du public. Le public de la participation dite « citoyenne » ne doit pas nécessairement remplir les conditions pour être un public d'électeurs, en particulier les conditions d'âge et de nationalité⁹, ce qui s'explique par le fait que le public en question ne se voit pas reconnaître de pouvoir décisionnaire¹⁰. Il ne s'agit donc pas de mécanismes de démocratie

également la recherche (voir les travaux, notamment, de Laurence MONNOYER-SMITH), mais l'aspect juridique est ici encore peu étudié, les analyses émanant principalement de la sociologie et des sciences de l'information et de la communication

⁴ En France, au niveau constitutionnel, on pourrait encore identifier les consultations relevant des articles 72-3, 72-4 et 73 de la Constitution

⁵ Voir *infra*, IA.

⁶ La participation du public étant, en matière environnementale, constitutionnellement garantie par la Charte de l'environnement.

⁷ Cette possibilité est néanmoins évidemment subordonnée au fait qu'il n'existe pas un texte déterminant les conditions dans lesquelles la décision en question doit être prise.

⁸ Toutefois, que l'autorité publique reconnaisse avoir tenu compte du résultat de la consultation lors de sa prise de décision ne suffit pas à en déduire qu'elle se serait estimée liée par ce résultat ; voir : CE, ass., 19 juillet 2017, *Association citoyenne « Pour Occitanie Pays Catalan » et a.*, n° 403928 et n° 403948.

⁹ Nous retrouvons une ambiguïté comparable, sinon plus forte encore, avec les assemblées citoyennes. Outre qu'elles sont nommées « assemblées », fonctionnant par tirage au sort, elles tendent à faire des participants des représentants des citoyens, ce qui pourrait les rendre compatibles avec la démocratie représentative. Reste qu'elles ne sont aucunement prévues par la Constitution et que, dès lors, elles ne sauraient concurrencer les assemblées constitutionnellement reconnues comme ayant un pouvoir normatif. Elles demeurent de simples outils de consultation dont les résultats ne sauraient obliger les élus. Pourtant, politiquement, elles peuvent être présentées ou perçues comme donnant un réel pouvoir décisionnaire aux « citoyens ».

¹⁰ CE, ass., 19 juillet 2017, *Association citoyenne « Pour Occitanie Pays Catalan » et a.*, n° 403928 et n° 403948, cons. 13 : L'autorité publique pouvait ouvrir la consultation à l'ensemble des habitants de la région à partir de 15 ans car « une

directe. Afin de lever l'équivoque, nous retiendrons l'expression de participation « du public ». Cette expression recouvre ainsi à la fois les procédés de participation citoyenne *stricto sensu* et les procédés de participation s'adressant à un public plus large que celui constitué par les électeurs.

Il ne s'agit pas là d'une simple remarque anecdotique de vocabulaire ; ce qui se joue derrière, est une ambiguïté plus large, ambiguïté qui traverse les discours accompagnant le développement des procédures et outils de participation, ces discours valorisant les processus participatifs au nom d'un renouveau démocratique¹¹. Notre recherche n'a pas pour objet de déterminer si, effectivement, de tels processus peuvent être une solution à ce qui est diagnostiqué comme une crise du régime représentatif. Néanmoins, l'analyse du cadre normatif applicable aux plateformes numériques de participation touche à la question démocratique pour deux raisons au moins. Une première raison tient à la clarté de la règle de droit : plus cette clarté fait défaut, plus la participation est susceptible d'être propice à l'instrumentalisation de ce qui, ici, n'aurait de démocratique que le nom ; or tant la profusion des actes juridiques que les déficiences normatives (l'une au demeurant n'étant pas contradictoire avec l'autre) contribuent à la confusion du droit applicable. Une seconde raison tient au fait que le principe démocratique ne peut être un principe concret que si, de manière ascendante, « l'ordre juridique [...] associe les destinataires des normes juridiques à leur production, que cette association soit directe ou indirecte »¹² et si, de manière descendante, les actions de l'autorité publique et les procédures de participation qu'elle met en œuvre sont soumises à un possible contrôle de la part des personnes qu'elle est censée représenter.

Le développement technologique facilite la multiplication des procédures de participation et la plateforme numérique prend ainsi place dans un ensemble plus large de moyens permettant aux habitants de s'associer à la décision politique. Toutefois, elle n'est pas seulement un moyen comme un autre, elle est également un outil au sens technique du terme : l'outil numérique présente des spécificités qui empêchent de le réduire à une simple modalité de la procédure de participation – c'est une modalité de procédure qui elle-même se déploie nécessairement sur des choix de modalités techniques. La modalité de procédure se confond ainsi avec son support technique. Or, la complexité de celui-ci empêche que l'on passe sous silence les difficultés propres induites par son usage.

Il convient alors d'analyser si, en France, le droit permet de saisir l'usage des procédures de participation impliquant la mise en œuvre de l'outil numérique.

L'étude démontre qu'en l'état actuel du droit positif, la grande diversité des règles applicables à la participation numérique du public et leur absence relative de spécificité (I) mettent en évidence les lacunes du droit applicable aux plateformes numériques de participation du public, appelant ainsi à une clarification en la matière (II)

I. L'hétérogénéité des règles applicables aux plateformes numériques de participation du public

Il existe une forte diversité des sources du droit encadrant la participation du public. Comme évoqué en introduction, le droit français semble distinguer deux catégories de procédés participatifs : d'une part, ceux qui ont une simple visée informative et, d'autre part, ceux qui ont une portée décisionnelle. Cette distinction n'est pas sans conséquences s'agissant des règles

telle procédure ne constitue ni un référendum local, ni une consultation des électeurs sur un projet de décision et ne relève pas des dispositions des articles L.O. 1112-1 et L. 1112-15 du code général des collectivités territoriales. Les requérants ne peuvent dès lors pas utilement soutenir que le conseil régional a méconnu ces dispositions. ». Voir également en ce sens : CAA Lyon, 9 juillet 2020, n° 18LY02733, cons. 12.

¹¹ Ce qui s'inscrit dans une tendance plus large aux discours visant un idéal de renouveau démocratique, notamment avec le développement parallèle d'un discours de la transparence de l'action publique (voir MICHEL H., « Promesses et usages des dispositifs de transparence : entre approfondissement et redéfinition de la démocratie », *RFPA*, vol. 165, n° 1, 2008).

¹² MAGNON X., « Que sont les "assemblées citoyennes" ? Saisir, juridiciser et concrétiser les concepts de démocratie, démocratie délibérative et démocratie participative », in FATIN-ROUGE STEFANINI M. et MAGNON X., *Les assemblées citoyennes, nouvelle utopie démocratique ?* Confluence des droits, DICE éditions, Aix-en-Provence, 2022.

applicables aux différents procédés de participation, ce qui constitue une première source d'hétérogénéité. Cependant cela ne suffit pas à expliquer l'éclatement des règles générales de la participation applicable aux plateformes numériques de participation du public (A), cette prolifération de normes ne prenant pourtant en compte que de manière résiduelle la spécificité de la mise en œuvre numérique de la participation du public (B).

A/ Une mise en œuvre numérique soumise aux règles générales encadrant la participation du public

Les procédures de consultation à portée décisionnelle, consistant principalement dans les référendums prévus par la Constitution, excluent, en l'état actuel du droit positif¹³, que le recueil des suffrages soit en lui-même mis en œuvre par le biais d'une plateforme numérique. La lettre du code électoral exclut sans ambiguïté l'hypothèse d'une votation électronique lors d'un référendum, la loi disposant que : « Il est mis à la disposition des électeurs *deux bulletins de vote imprimés sur papier blanc* dont l'un porte la réponse « oui » et l'autre la réponse « non »¹⁴. Ces modalités peuvent être interprétées comme relevant d'un « principe général du référendum »¹⁵.

Le référendum n'échappe toutefois pas totalement au développement du recours à des supports numériques de participation : la procédure du référendum d'initiative partagée prévue au troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, en effet, implique une phase préalable de recueil des soutiens des électeurs à la proposition de loi référendaire. Or, cette phrase est mise en œuvre par le biais d'une plateforme hébergée sur le site du Conseil constitutionnel (CC), comme on a pu l'observer avec la proposition de loi référendaire relative aux statuts des Aéroports de Paris (ADP). Certes, la loi ne retient pas la possibilité d'une mise en œuvre numérique du recueil des suffrages à un référendum. Il demeure cependant que la phase de recueil des soutiens à une proposition de loi référendaire peut être interprétée comme ayant en elle-même une portée décisionnelle puisque, du résultat, dépendra obligatoirement la tenue ou non du référendum en question¹⁶. Au demeurant, la mise en œuvre numérique du recueil des soutiens est saisie par les règles du droit commun du contentieux des opérations référendaires qui sont mobilisées par le Conseil constitutionnel pour contrôler la régularité de ces opérations (outre quelques rares règles spécifiques au numérique¹⁷).

Quant aux mécanismes de participation que sont les consultations obligatoires du public à visée informative, parce qu'ils sont très nombreux et parce qu'ils sont expressément prévus par la loi ou le règlement, ils témoignent, à eux seuls déjà, du caractère disséminé des normes relatives aux procédures de participation du public dans différents codes et, au sein de ces derniers, dans différents chapitres¹⁸.

Pour ne retenir que les exemples les plus significatifs, notons que l'article L. 103-1 du code de l'urbanisme opère un renvoi aux dispositions du code de l'environnement (L. 123-19-1 à L. 123-19-6) qui encadrent la participation du public aux décisions des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement. En outre, des procédures de concertation sont prévues par le code de l'urbanisme, aux articles L. 103-2 à L. 103-7. Il existe également trois types d'enquêtes publiques préalables à une décision d'une autorité publique, régies soit par le code de l'environnement, soit

¹³ La dernière mise en œuvre d'un référendum national est antérieure à une certaine "révolution numérique" des procédures institutionnelles (référendum du 29 mai 2005, sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, sur fondement de l'art. 11 al. 1er de la Constitution) : la Constitution restant silencieuse quant aux modalités de mise en œuvre d'un référendum, il est envisageable que, si un prochain référendum était d'actualité, la loi se verrait modifiée pour prévoir la possibilité d'une votation électronique.

¹⁴ Art. L.558-45 du code électoral, nous soulignons.

¹⁵ RAMBAUD R., *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, Paris, 2019, p. 324.

¹⁶ Cette interprétation justifie que cette phase du référendum d'initiative partagée soit ici catégorisée comme un mécanisme de participation à portée décisionnelle.

¹⁷ Voir *infra*.

¹⁸ L'entrée en vigueur du CRPA a notamment été perçue comme une clarification du droit des enquêtes publiques (BON P., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *RFDA*, 2016, p. 27-34), mais elle est loin de mettre un terme au caractère épars du droit de la participation du public en général.

par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, soit par le code des relations entre le public et l'administration.

Par ailleurs, l'autorité administrative dispose toujours de la possibilité de mettre en place une consultation préalable facultative¹⁹. Le cadre juridique applicable aux consultations facultatives qui ne sont pas expressément prévues par un texte est précisé par l'article L. 131-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA)²⁰. Cet article impose à l'administration de respecter quatre obligations²¹ : rendre publiques les modalités de la procédure de participation du public, mettre à disposition des personnes concernées les informations utiles, assurer un délai raisonnable pour participer à cette consultation et veiller à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics. Parmi ces quatre obligations, et nous reviendrons plus bas plus en détail sur cela, celle qui est la plus susceptible de soulever des questions propres à l'utilisation d'une plateforme numérique comme outil-support de la participation est l'obligation de publicité des modalités de la procédure. Or, aucun texte n'explicite l'étendue que revêt cette notion de « modalité de la procédure » en matière numérique.

Le Conseil d'État a eu l'occasion d'apporter quelques précisions jurisprudentielles quant aux conditions de régularité des modalités de la consultation, tout particulièrement dans sa décision de 2017 relative au choix du nom de la région « Occitanie » pour désigner la nouvelle région administrative issue, à la suite de la réforme territoriale de 2014, de la fusion du Languedoc-Roussillon et de Midi-Pyrénées²². Dans ce recours en excès de pouvoir contre le décret retenant le nom « Occitanie », les requérants fondaient un certain nombre de leurs moyens sur la supposée irrégularité de la consultation du public réalisée en amont de la décision de l'administration. Cette affaire est l'occasion de préciser le droit applicable à une consultation facultative non prévue expressément par un texte, qui plus est dans un cas d'espèce où la consultation a, partiellement, lieu par l'intermédiaire d'une plateforme numérique. Or, dans cet arrêt, le juge ne prend pas en compte, sauf très marginalement et nous y reviendrons plus bas, la spécificité du recours à l'outil numérique. Le juge rappelle ainsi, outre les obligations qui découlent de l'article L. 131-1 du CRPA, que s'impose à l'administration le respect des principes généraux de l'action de l'administration, notamment le respect du principe d'égalité et du principe d'impartialité (codifiés à l'article L. 100-2 du Code des relations entre le public et l'administration), « dont il découle que la consultation doit être sincère »²³. S'imposent également le respect du but assigné à la consultation²⁴ ainsi que le respect des modalités de la procédure que l'autorité administrative a elle-même arrêtée. Cependant, à nouveau, aucune règle spécifique à la plateforme numérique n'est précisée par le juge, laissant

¹⁹ Il est évident qu'une autorité publique peut légalement organiser une consultation du public uniquement si celle-ci concerne un domaine qui relève de son champ de compétence (ou lorsque l'autorité compétente sur la question demande elle-même l'avis d'une autorité publique qui n'est pas compétente sur cette question, mais qui, son avis étant sollicité, peut alors organiser une consultation visant à l'éclairer avant d'émettre l'avis qui lui est demandé). Cette interdiction de l'incompétence positive n'est, en effet, aucunement propre à la consultation du public à portée décisionnelle, elle s'impose tout autant lorsque les résultats de la participation du public ne lient pas l'autorité publique, du fait même que la finalité de telles consultations est d'éclairer, en amont, l'autorité quant à une décision qu'elle va prendre, nécessairement dans un domaine relevant de sa compétence.

²⁰ Ces normes, en vigueur depuis 2016, sont issues de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

²¹ Le texte intégral de l'article en question est le suivant : « Lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics ».

²² CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*

²³ *Ibid.*, cons. 16. Dans cet arrêt, pour la première fois, cette exigence de sincérité est énoncée au sein d'un considérant de principe. Cependant notons que dans sa jurisprudence antérieure, le CE avait déjà avancé cette idée de sincérité (par exemple dans CE, 28 mars 2011, n° 330256 et a. ; en l'espèce, une consultation obligatoire, en application du code de l'environnement). Le juge contrôle l'absence « d'irrégularités entachant la sincérité de la consultation du public ».

²⁴ Par exemple, chercher à influencer une décision relevant d'un tiers par les résultats de la consultation.

ainsi en suspens la question de la délimitation de ce que recouvrent précisément les modalités de procédure à rendre publiques.

Ce qui se profile à la lecture de ces normes, très diverses tant par leur nature que par les matières qu'elles encadrent, est le contraste qui existe entre la multiplication de textes visant à préciser des modalités différentes de participation et la quasi-absence de normes spécifiquement relatives au recours à des plateformes numériques de participation alors même que les différentes procédures de participation tendent de plus en plus à être mises en œuvre par de tels outils techniques.

B/ Une prise en compte résiduelle de la spécificité numérique de la participation

Les éventuelles spécificités de la mise en œuvre numérique des procédures de participation du public sont ainsi peu prises en compte, que ce soit par les dispositions du droit positif ou par leur prolongement jurisprudentiel. Il existe néanmoins quelques normes spécifiques, mais de manière marginale et lacunaire. Ces normes, le plus souvent propres à une procédure déterminée, ne permettent pas de fonder un droit général de la participation numérique. Au demeurant, il y a une quasi-inexistence dans le droit positif de l'expression « plateforme numérique », à laquelle est préférée celle de « site internet ». En outre, même lorsqu'elles existent, ces règles sont peu détaillées ; elles se limitent à imposer le respect de quelques exigences relatives aux conditions de publication telle la durée minimale de la mise en ligne. Ce constat est cependant à nuancer s'agissant des règles qui encadrent les pétitions au Sénat et, surtout, celles qui encadrent les pétitions prévues par l'article 69 de la Constitution.

La prise en compte, résiduelle, des spécificités de la participation numérique se concrétise à travers des règles de la participation à visée informative en droit administratif et des règles encadrant certains mécanismes constitutionnels de participation.

S'agissant des mécanismes de participation du public à visée informative en droit administratif, en premier lieu, l'article du CRPA relatif aux consultations facultatives²⁵, reste silencieux sur leur potentielle mise en œuvre par le biais de l'outil numérique. Si le Conseil d'État, précisant les conditions de régularité de ces procédures de participation dans son arrêt du 16 juillet 2017, tend à confirmer qu'il n'existe aucun cadre juridique propre à la consultation facultative recourant à un support numérique, le juge reconnaît néanmoins que le support numérique a des caractéristiques induisant certaines obligations propres à cette modalité de participation ; il précise, ainsi, que l'autorité administrative doit prendre « toute mesure relative à [l'] organisation [de la consultation] de nature à empêcher que son résultat soit vicié par des avis multiples émanant d'une même personne ou par des avis émis par des personnes extérieures au périmètre délimité »²⁶.

Le CRPA ouvre également à l'administration, par son article L. 132-1, la possibilité de substituer une consultation ouverte à la consultation obligatoire d'une commission consultative²⁷. Si l'administration choisit de recourir à cette voix substitutive, cet article impose que la mise en œuvre de la procédure de consultation ouverte se réalise alors par le biais de l'outil numérique, « sur un site internet »²⁸. L'obligation de consultation en ligne pourrait laisser supposer que les articles

²⁵ Il s'agit de l'art. L. 131-1 du CRPA, évoqué précédemment.

²⁶ CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*, cons. 16 (nous soulignons). Dans ses conclusions sur l'affaire, le rapporteur public, Vincent Dumas, indique, afin d'éviter les avis à répétition, que l'administration peut par exemple demander que soit renseigné un numéro de téléphone.

²⁷ Le CE a précisé que l'autorité administrative qui choisit de recourir à cette substitution peut « renoncer à cette procédure » et « procéder à la consultation de la commission consultative à laquelle elle est en principe tenue ». Dans une telle hypothèse, « les irrégularités susceptibles d'entacher la consultation ouverte sont dépourvues d'incidence sur la légalité de l'acte réglementaire adopté après consultation de la commission consultative » (CE, 2 mars 2022, *FNAIM*, n° 438805).

²⁸ « Lorsque l'administration est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édition d'un acte réglementaire, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, *sur un site internet*, les observations des personnes concernées. Cette consultation ouverte se substitue à la consultation obligatoire en application d'une disposition législative ou réglementaire » (art. L. 132-1 du CRPA. Nous soulignons).

suivants du CRPA, dispositions réglementaires précisant l'application de la disposition législative suscitée, portent attention à la singularité de l'outil technique ; or, ces articles ne posent que des obligations de publicité de certaines informations qui n'ont rien de propre à la matière numérique. L'article R*132-4 pose ainsi seulement l'obligation de publicité de la décision de recourir à cette procédure de substitution²⁹. L'article R*132-5 précise pour sa part ce que doit contenir la décision faisant l'objet de ladite publication, la dimension spécifique au numérique ne concernant que la publicité de choix des informations apparaissant sur le site³⁰. Quant à l'article R*132-6, il oblige l'autorité organisatrice de la consultation à la publication de la synthèse des observations recueillies lors de la consultation ouverte et précise uniquement sur quel site internet cette publication doit s'effectuer³¹. Enfin, les articles R*132-8 à R*132-10, concernant les autres types de consultations qui peuvent être réalisées sur Internet, ne font référence qu'à la publication de la consultation organisée sur le site internet du Premier ministre, cette publication étant une obligation en matière de consultations obligatoires préalables à un acte réglementaire ayant un champ d'application national, étant une possibilité laissée au choix discrétionnaire de l'autorité publique en matière de consultations facultatives³² ; lapidairement, l'article R*132-9, relatif aux consultations facultatives préalables à un projet de loi, sur lesquelles nous reviendrons plus en détail ultérieurement, formule, malgré leur caractère facultatif, une obligation de publication³³.

S'agissant des mécanismes constitutionnels de participation, la loi organique encadre le recueil numérique des soutiens à une proposition de loi référendaire dans le cadre de la procédure du référendum d'initiative partagée : l'article 5 de la loi organique du 6 décembre 2013 dispose que « les électeurs inscrits sur les listes électorales peuvent apporter leur soutien à une proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution. *Ce soutien est recueilli sous forme électronique* »³⁴. Il ressort ainsi des textes applicables au référendum d'initiative partagée qu'il est obligatoire de passer par la plateforme officielle du gouvernement pour pouvoir faire valoir son droit de participation à la procédure du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution. Toutefois, le droit impose également la mise en place de points d'accès et la possibilité pour tout électeur de faire enregistrer son soutien par un agent de la collectivité dont il relève³⁵ : l'administration est ainsi érigée tel un rempart face aux éventuels problèmes relevant de ce qui est communément désigné comme la fracture numérique, l'administration garantissant alors que le recours au numérique ne conduise pas à une méconnaissance du principe d'égalité d'accès³⁶.

²⁹ D'une part, il établit l'obligation de publier la décision de recourir à cette procédure sur le site internet du Premier ministre s'agissant de l'administration de l'État et, d'autre part, l'obligation pour les collectivités, groupements de collectivités ou établissements publics rattachés à ces dernières de le faire par tout moyen, « *dont au moins une publication sur le site internet choisi par l'autorité intéressée pour le déroulement d'une consultation* » (nous soulignons).

³⁰ « [...] la décision doit préciser si les observations formulées apparaîtront ou non sur le site choisi pour le déroulement de la consultation ».

³¹ Si l'acte en aval de la consultation émane d'une autorité de l'État (ou d'un établissement public de l'État), la publication de la synthèse doit se faire sur le site internet du Premier ministre. S'il s'agit d'un acte émanant des collectivités, de leur groupements ou établissements publics, alors la publication devra se faire sur le site utilisé pour le recueil des observations.

³² Article R*132-10 CRPA. Est bien précisé, dans cette seconde hypothèse, que l'administration de l'État n'est pas obligée. Elle peut choisir discrétionnairement de rendre public ou non la procédure de consultation qu'elle s'impose elle-même en dehors de toute contrainte juridique.

³³ « Les consultations organisées sur un site internet sur des projets de loi font l'objet d'une publication sur le site mentionné à l'article R.*132-4 » (art. R*132-9 CRPA).

³⁴ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, article 5. Nous soulignons.

³⁵ « Des points d'accès à un service de communication au public en ligne permettant aux électeurs d'apporter leur soutien à la proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution par voie électronique sont mis à leur disposition au moins dans la commune la plus peuplée de chaque canton ou au niveau d'une circonscription administrative équivalente et dans les consulats. Pour l'application du premier alinéa, *tout électeur peut, à sa demande, faire enregistrer électroniquement par un agent de la commune ou du consulat son soutien présenté sur papier* » (*Ibid.*, art. 6, nous soulignons).

³⁶ L'égalité ici en question étant celle d'accès des électeurs au droit de participation à la détermination des réformes de l'État qu'ils tiennent de l'article 11 alinéa 3 de la Constitution.

Par ailleurs, du côté du droit parlementaire, une mise en œuvre numérique de la participation du public aux études d'impact gouvernementales est envisagée par l'Assemblée nationale. Les études d'impact sont prévues par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 portant notamment application de l'article 39 de la Constitution, intervenue après la révision constitutionnelle de 2008. Cet article impose au Gouvernement d'accompagner les projets de loi d'une étude d'impact³⁷. Dans cette perspective, l'article 83 du règlement de l'Assemblée nationale reconnaît la possibilité de participation du public à cette étude d'impact gouvernementale, afin de renforcer « l'information et les contributions du public à la procédure d'examen des projets de loi par les députés »³⁸. Cet article énonce que « les documents qui rendent compte de l'étude d'impact réalisée sur un projet de loi soumis en premier lieu à l'Assemblée sont imprimés et distribués en même temps que ce projet. *Ils sont mis à disposition par voie électronique, afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées* » (nous soulignons). Une plateforme accessible en continu a ainsi été créée pour répondre à cette nouvelle procédure. On notera cependant qu'actuellement aucune étude d'impact n'est ouverte aux contributions, ce qui souligne les limites du mécanisme (outre le fait que les députés ne sont aucunement liés par les éventuelles contributions). Par ailleurs, la section « archives » de la plateforme est vide, ce qui laisse deviner le degré d'appropriation de ce mécanisme par les citoyens ou, plus vraisemblablement, l'absence de mise en œuvre de ce mécanisme.

Concernant le droit de pétition devant les assemblées parlementaires³⁹, il est à noter que, ici également, le droit prend en compte la mise en œuvre numérique de ces procédures. La loi organique pose comme principe l'interdiction d'apporter des pétitions à la barre des deux assemblées parlementaires, avant de renvoyer aux règlements des assemblées le soin de fixer les conditions dans lesquelles il est possible de leur présenter des pétitions écrites⁴⁰.

Le règlement de l'Assemblée nationale dispose, ainsi, en son article 147§1, que « les pétitions sont adressées au Président de l'Assemblée *par voie électronique*. Elles doivent être signées par leurs pétitionnaires et *comporter les adresses électroniques* et postales de ceux-ci » (nous soulignons). Il prévoit encore, en son article 148§1, que « les pétitions *sont mises en ligne lorsqu'elles sont signées par plus de 100 000 pétitionnaires* » (nous soulignons). Puis, l'Assemblée nationale a, depuis le 1er octobre 2020, mis en place une plateforme numérique qui permet le dépôt des pétitions et le recueil de leurs soutiens⁴¹. L'article 147§3 prévoit que les conditions relatives à la modalité numérique « sont précisées par une décision du Bureau de l'Assemblée nationale », or il est remarquable que rien, sur le site internet de pétitions de l'Assemblée nationale, ne laisse supposer l'existence d'une telle décision. Au demeurant, l'Instruction générale du bureau de l'AN ne mentionne rien non plus sur la question des pétitions.

Quant au Sénat, il dispose lui aussi d'une plateforme de pétition, dont le lancement a même été antérieur (de quelques mois) à celui de celle de l'Assemblée nationale. Les règles contenues dans le règlement du Sénat sont d'une teneur comparable à celles du règlement de l'Assemblée nationale⁴². Cependant l'Instruction générale du bureau du Sénat se saisit, quant à elle, plus

³⁷ S'il ne s'agit pas formellement d'une procédure prévue par la Constitution, l'obligation d'étude d'impact relative aux projets de loi relève néanmoins du domaine de la constitutionnalité. Contenue dans une loi organique, cette obligation est nécessaire à l'exécution de la Constitution.

³⁸ <https://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>

³⁹ La Constitution est silencieuse sur la question du droit de pétition des citoyens devant les assemblées parlementaires. Ce droit trouve néanmoins son origine dans un texte à valeur de loi organique, à savoir l'article 4 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative aux fonctionnements des assemblées parlementaires.

⁴⁰ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, art. 4.

⁴¹ Cette plateforme numérique officielle est accessible en continu et est hébergée au sein même du site officiel de l'Assemblée nationale (<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/petitions>).

⁴² La question des pétitions est prévue au sein du règlement du Sénat, par les articles 87 et 88 qui constituent son chapitre XXIII ; l'article 87 alinéa 1 énonce que « les pétitions *sont adressées au Sénat sur une plateforme en ligne ou, à défaut, par courrier électronique* ou papier » (nous soulignons). Le deuxième alinéa accorde au bureau le pouvoir de déterminer « les règles de recevabilité, de caducité et de publicité des pétitions, *ainsi que les modalités de signature et d'authentification des auteurs des pétitions et de leurs signataires* » (nous soulignons).

précisément de la mise en œuvre numérique des pétitions⁴³. La plateforme "e-pétitions" hébergée sur le site internet du Sénat est ainsi l'une des rares plateformes de participation du public étant expressément encadrée par le droit positif français⁴⁴. On remarque cependant que, même dans ce cas, les règles propres au numérique sont limitées aux modalités spécifiques pour garantir la validité des signataires.

Une réelle prise en compte des spécificités juridiques induites par le recours à l'outil numérique comme support de la participation du public existe, en revanche, s'agissant de l'encadrement des pétitions pour saisir le Conseil économique et social (CESE). Ces pétitions sont prévues par le troisième alinéa de l'article 69 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle de 2008⁴⁵. Initialement, la loi organique n'a pas prévu la mise en œuvre du droit de pétition par l'outil numérique⁴⁶ ; cependant, prenant en compte la pratique d'une telle mise en œuvre numérique par le CESE, le législateur organique est récemment intervenu : désormais, l'article 4-1 de l'ordonnance portant loi organique relative au CESE dispose en sa première phrase que « la pétition est rédigée en français et adressée par écrit, par voie postale *ou par voie électronique*, au Conseil économique, social et environnemental » (nous soulignons)⁴⁷. Un décret d'application du 14 juin 2022 est venu apporter des précisions supplémentaires. Est notamment⁴⁸ expressément prévue la possibilité de souscription à la pétition par le biais d'une plateforme en ligne, celle-ci pouvant être soit gérée par le CESE lui-même, soit une plateforme qu'il agréé. S'agissant de ce dernier cas, il est précisé que la plateforme, relevant alors du secteur privé, doit, pour être agréée, respecter les spécifications techniques et les procédures d'identification électronique correspondant au niveau de garantie dit « faible » prévues par l'annexe du règlement d'exécution (UE) 2015/1502 et doivent disposer d'un mécanisme les prémunissant des soumissions automatisées. Qui plus est, le décret énonce explicitement des règles non seulement quant à la collecte, le traitement et la conservation

⁴³ Dans l'instruction générale du bureau [IGB] du Sénat, l'alinéa 1er du II du chapitre XVIII énonce que « le dépôt des pétitions est réservé aux personnes physiques majeures, selon les règles précisées *sur la plateforme en ligne* » (nous soulignons), tandis que l'alinéa 2 précise que « *les pétitions sont déposées sur la plateforme en ligne* » (nous soulignons), ainsi que, « lorsqu'elles ont été transmises par courrier électronique ou papier, selon des modalités définies sur la plateforme en ligne, *elles sont déposées sur cette dernière par les services du Sénat* après authentification de leur auteur dans les conditions prévues à l'alinéa 3 du présent II » (nous soulignons). L'alinéa 3 dispose enfin que « (l)'auteur d'une pétition justifie de son identité en utilisant un dispositif permettant d'assurer l'authentification de cette dernière, selon des modalités précisées sur la plateforme en ligne. » L'IGB du Sénat pose encore une obligation de publicité des pétitions : « Les pétitions adressées au Sénat selon les modalités prévues à l'alinéa 1 de l'article 87 du Règlement et remplissant les conditions de recevabilité mentionnées au I du présent chapitre *sont rendues publiques sur la plateforme en ligne dans un délai précisé sur celle-ci. Les nom et prénoms de l'auteur de la pétition sont rendus publics sur cette même plateforme* » (III du ch. XVIII, nous soulignons). Par ailleurs, l'IGB du Sénat contraint à un recueil des signatures devant se réaliser uniquement sur la plateforme prévue à cet effet : « Selon les règles précisées sur la plateforme en ligne, le recueil des signatures, *effectué exclusivement sur cette plateforme*, est soumis aux conditions suivantes / - la signature des pétitions est réservée aux personnes physiques ; / - l'enregistrement des signatures est réalisé après authentification de celles-ci. / Les signatures ne répondant pas aux conditions définies au présent IV ne peuvent être enregistrées sur la plateforme » (XVIII-IV, nous soulignons).

⁴⁴ Cependant, on notera que le fait que ces précisions soient apportées dans l'IGB peut immiscer un doute quant à une certaine volonté de soustraire au contrôle juridictionnel les règles qui encadrent précisément ce procédé de démocratie participative. Sur la question du contrôle juridictionnel, voir *infra*.

⁴⁵ « Le Conseil économique, social et environnemental peut être saisi par voie de pétition dans les conditions fixées par une loi organique ».

⁴⁶ « La pétition est rédigée en français et établie par écrit » (Loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010, intégrant un article 4-1 au sein de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au CESE).

⁴⁷ L'article 4-1 baisse également le seuil des soutiens qui conditionne la recevabilité de la pétition, de 500 000 pétitionnaires à 150 000, ce qui témoigne d'un assouplissement des conditions de mise en œuvre du droit de pétitions devant le CESE.

⁴⁸ Est également prévu que, dans le cadre du recueil numérique des soutiens à la pétition, la signature électronique est soumise aux exigences de l'article 1367 du code civil qui fixe les conditions de légalité de ce procédé de manifestation du consentement (III de l'article 1er).

des données personnelles⁴⁹, mais également quant aux données d'identification des pétitionnaires, précisant le droit applicable dans le cas de l'utilisation d'une plateforme de pétition privée agréée⁵⁰.

Ici, le droit applicable saisit une pratique lui préexistant. Le CESE a, en effet, entrepris une démarche de labellisation – pour reprendre ses propres termes – de plateformes numériques privées de pétitions. Il a ainsi labellisé trois plateformes de pétition en ligne en 2019⁵¹. S'agissant de cette labellisation, le CESE a par ailleurs établi une liste de critères, disponible sur son site⁵², et pouvant être regroupés selon quatre catégories. Une première série de critères renvoie à des principes plutôt généraux (gratuité, accessibilité à tous, neutralité et non spécialisation, plateforme accessible en langue française, plateforme disposant d'une charte relative au contenu), une seconde série de critères concerne la modération des contenus publiés sur la plateforme, une troisième série s'intéresse à la protection des données personnelles et la dernière série à la question de la vérification des signatures. Le droit applicable aux pétitions de l'article 69 de la Constitution offre ainsi l'exemple (rare, voire isolé) d'une considération affirmée pour la spécificité juridique que peut induire la mise en œuvre numérique d'un mécanisme de participation.

Pourrait ainsi être concédée l'idée selon laquelle la faiblesse de l'encadrement juridique des plateformes de participation du public pourrait répondre à cette participation du public « hors dispositifs classiques », hors « institutionnalisation »⁵³, voulue par une part des autorités publiques. Cependant, force est de constater qu'une institutionnalisation s'est opérée : dès lors, le manque d'encadrement normatif ne s'avère-t-il pas une lacune propice, notamment, à l'instrumentalisation politique ou, tout au moins, à l'insécurité juridique, bien plus qu'une opportunité pour l'autorité publique d'inventer des dispositifs novateurs en la matière ?

II. L'insuffisance du droit applicable aux plateformes de participation du public au prisme de la spécificité du numérique

Le droit applicable en matière de participation et les règles marginales spécifiques au numérique ne semblent pas suffire à offrir un encadrement clair aux plateformes numériques de participation. Il y a, en effet, une dimension irréductible de l'outil numérique aux règles de droit commun de la participation qui conduit à ce que les règles en vigueur et le contrôle de leur application apparaissent comme trop fragiles pour, notamment, répondre à l'exigence de transparence de l'action publique (A). L'hypothèse d'une codification du droit de la participation du public ouvre alors une voie possible vers la clarification de ce cadre juridique (B).

A/Un encadrement fragile au regard de l'exigence de la transparence de l'action publique

⁴⁹ L'article 3 prévoit dans quelles conditions les informations collectées dans le cadre de la pétition doivent être détruites et l'article 5 la mesure dans laquelle le RGPD s'applique au traitement de données ici considérées.

⁵⁰ Voir 3° du IV de l'article 1 et article 2 : le mandataire unique de la pétition peut adresser au président du CESE les données d'identification légalement requises des pétitionnaires « par une application d'échange avec la plateforme de pétition en ligne du Conseil économique, social et environnemental ou avec une plateforme de pétition en ligne agréée par le Conseil ». Dans ce cas, « une même pétition ne peut être transmise par cette voie qu'à partir d'une seule plateforme en ligne ». Dans le cas du recours à une plateforme privée, l'article 2 du décret impose, en plus des données d'identification quoi qu'il en soit requises, l'adresse électronique, l'adresse IP et le nom d'utilisateur sur la plateforme de chacun des pétitionnaires.

⁵¹ Avaaz.org, mesopinions.com et change.org.

⁵² <https://www.lecese.fr/petitions-citoyennes/les-plateformes-labellisees/criteres-de-labellisation-des-plateformes-de-petitions>.

⁵³ Voir notamment MONDOU Chr., « Les outils légaux de la participation citoyenne aux décisions locales », *AJCT*, 2018, p. 252 ; l'auteur souligne ainsi que l'« institutionnalisation des outils de participation citoyenne a été combattue par certains, tant au Parlement qu'au sein des associations d'élus, car cela aurait justement pour effet de restreindre les possibilités en la matière ».

Le numérique intensifie, en premier lieu, une confusion quant à la valeur juridique de la participation du public, selon qu'elle a une portée décisionnelle et participation à simple visée informative de l'autorité publique. La difficulté n'est pas propre à l'outil numérique. Toutefois le développement de ce support, dès lors qu'il conduit à faciliter les procédures de participation du public, conduit également à brouiller davantage une ligne de démarcation pourtant essentielle, tant juridiquement que politiquement, y compris au sein de la production doctrinale⁵⁴. Le manque de normes spécifiques à des procédures pourtant de plus en plus courantes conduit, ainsi, à une contradiction entre l'interprétation politique et celle juridique de la participation dite citoyenne : si, politiquement, il semble que la crédibilité des autorités publiques implique qu'elles tiennent compte de l'avis du public consulté, en revanche, juridiquement, ces autorités ne sauraient être liées par les résultats de ces plateformes de participation, ne sauraient renoncer à leur propre pouvoir décisionnaire. Cette confusion est également propice à l'insécurité juridique : une autorité publique qui, politiquement, pourrait sembler avoir la sincérité de prendre une décision conforme aux résultats d'une consultation ne risque-t-elle pas, juridiquement, de voir cette décision entachée d'irrégularité au motif qu'elle aurait renoncé à l'exercice de son pouvoir décisionnaire, le déléguant irrégulièrement au public consulté ? L'outil numérique peut ainsi intensifier des problèmes qui lui restent, néanmoins, allogènes.

Mais il est également à l'origine de difficultés juridiques qui sont intrinsèques à son utilisation dans le cadre des procédures de participation. Le RGPD ayant fortement clarifié les obligations relatives à la protection des données personnelles, nous laisserons cet enjeu de côté, la question relevant actuellement davantage de la mise en œuvre technique de cette protection⁵⁵ que du cadre juridique applicable. En revanche, une opacité règne en matière de ce qui, souvent, est désigné sous le terme de transparence. Or, l'étendue des obligations de transparence n'est pas anodine car elle se confond avec celle du possible contrôle de la régularité, en l'espèce, des opérations de recueil et de traitement des données, autrement dit du possible contrôle de la régularité de l'action même de l'autorité publique. Des rapports publiés par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) soulignent combien l'outil numérique ne saurait être neutre et combien l'usage de tels outils, en particulier algorithmiques, dans la détermination de choix d'action publique est susceptible d'impliquer des biais, ce qui pourrait, notamment, justifier la communication des codes

⁵⁴ L'exemple le plus parlant en la matière est sans doute le cas du budget participatif local, ou budget participatif d'investissement, procédé qui tend de plus en plus à se généraliser à l'échelon communal par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de participation, la doctrine relevant que « le succès de ces budgets participatifs est lié à la nécessité de concilier logique économique (performance de l'action publique) et logique politique (légitimité des décideurs publics) » (SAOUDI M., « Les budgets participatifs d'investissement : un dispositif politique et/ou un dispositif citoyen », *Gestion & Finances Publiques*, n° 3, 2019, p. 28-31). Le budget participatif peut se définir comme une participation du public à la décision financière de la collectivité, en matière de dépenses d'investissement, et portant sur la destination d'une part (minime, même si des différences notables existent) du budget total de la commune. Or, même la doctrine tend à qualifier ces dispositifs de participation de « processus de co-décision » (par exemple : BONNOTTE Chr., SAUVIAT A., « Production de la norme dans les projets urbains et démocratie participative », *Revue juridique de l'environnement*, HS n° 15, 2015, p. 51-66 ; ou, plus récemment : GOURBIER L., MOYSAN É., « Participation citoyenne et budgets locaux », *Gestion & Finances Publiques*, n° 6, 2022, p. 25-29). Cependant, n'étant prévu par aucun texte, ce procédé semble assez sûrement relever de l'article L. 131-1 du CRPA. Si, en l'état actuel de la jurisprudence, il existe peu de contentieux et qu'aucun litige, à notre connaissance, n'a été porté jusque devant le CE, il est à noter que le juge administratif a rappelé qu'il n'y a aucune valeur juridiquement contraignante aux résultats de tels procédés de participation citoyenne. Il a ainsi pu rejeter le recours indemnitaire déposé par un artiste-peintre dont le projet de fresque avait été sélectionné par l'intermédiaire d'une plateforme dédiée au budget participatif de la Ville de Paris réservé aux collèges. Si la ville avait bien versé la subvention au collège devant héberger ladite fresque, le CA de l'établissement a, après avoir approuvé par un premier vote le projet, finalement rejeté le projet lors d'un second vote, alors que le contrat lié au projet avait déjà été signé par le principal du collège. Or, seul vaut que le contrat ne soit pas valide, n'ayant pas été signé par les deux parties : le juge ne retient aucun argument tiré d'un quelconque engagement de la personne publique, niant clairement toute portée du processus de participation à la sélection du projet (TA Paris, 29 septembre 2022, n° 2018190).

⁵⁵ Notamment en ce qui concerne l'anonymisation des participants : le problème majeur est la diffusion, par les contributeurs eux-mêmes, dès lors que les questions ne sont pas des questions fermées, de données permettant non seulement de les identifier, mais également de les associer notamment à certaines opinions politiques.

sources des programmes utilisés⁵⁶. En l'état du droit positif, quel pourrait alors être le degré des obligations de transparence technique susceptible de répondre à l'exigence de transparence de l'action de la personne publique ?

Comme rappelé plus haut, l'article L. 131-1 du CRPA, droit commun de la consultation facultative, dispose que l'autorité administrative doit rendre publiques les modalités de la procédure et qu'elle doit mettre à disposition des participants éventuels les informations utiles. La portée de ces obligations en matière de plateforme numérique demeure indéterminée, mais il semble peu probable qu'elles puissent être interprétées comme recouvrant une obligation de publicité des méthodes de recueil et de traitement des données de contribution. Si, en effet, le principe qui permet de déterminer l'étendue des obligations de publicité est que le participant doit contribuer en étant éclairé sur les modalités procédurales, un paradoxe apparaît rapidement : plus on communique des informations précises quant aux méthodes de recueil et de traitements des données, plus l'intelligibilité de ces informations techniques devient impossible pour toute personne ne détenant pas des connaissances solides en programmation. La CNIL insiste⁵⁷ sur cette tension qu'elle interprète comme une contradiction entre transparence technique et transparence effective (lisibilité) : plus le degré de la première augmente, plus celui de la seconde diminue.

Une deuxième hypothèse serait que les règles existantes en matière de publication des données publiques pourraient fonder une obligation d'*open source*, ou, au moins, d'*open access*. Cette question en implique une autre, en amont : quel est le statut juridique des données techniques des outils de recueil et de traitement des données des contributeurs ? Peuvent-elles être considérées comme des documents administratifs ? Ces derniers, en effet, sont soumis à une obligation de publicité. L'article L. 300-2 du CRPA⁵⁸, dispose que : « sont considérés comme des documents administratifs [...] les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les [...] *codes sources* » (nous soulignons). Cependant, même en admettant que les outils numériques supports à la participation s'inscrivent dans le cadre d'une mission de service public – point sur lequel nous revenons plus bas –, il existe un nombre non négligeable de restrictions à ce principe de publicité, restrictions que le Conseil constitutionnel a jugées conformes à l'article 15 de la DDHC⁵⁹. En particulier, ce principe ne vaut que sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle des tiers⁶⁰, ce qui semble exclure toute possibilité d'obliger un prestataire de service, personne privée ayant été chargée de réaliser la plateforme de participation à l'issue d'un marché public, à publier le code source tant des plateformes que des algorithmes traitant les résultats, dès lors que les modèles économiques des opérateurs privés en la matière peuvent reposer sur un modèle propriétaire. Qui plus est, même en admettant une interprétation très étendue d'une obligation de transparence, le principe de publicité des codes sources se trouve quoiqu'il en soit fortement tempéré par des obligations relatives à la sécurité publique, notamment à la sécurité des systèmes d'information des administrations (art. L. 311-6 du CRPA).

⁵⁶ CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 56.

⁵⁷ CNIL, *Civic tech – Une exploration critique des tensions et des usages de demain*, 2019.

⁵⁸ Dans sa rédaction issue de l'adoption de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁵⁹ Le CC a ainsi jugé, en matière de publicité des algorithmes de traitement des données, que, si « est garanti, par [l'article 15 de la DDHC], le droit d'accès aux documents administratifs [...] il est toutefois] loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (CC, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *UNEF*, décision relative à l'accès aux algorithmes de sélection de la plateforme d'orientation scolaire Parcoursup).

⁶⁰ Art. L. 311-4 CRPA. Droit qui, au demeurant, est lui-même constitutionnellement garanti.

Quant à l'hypothèse, plus minimale, d'un droit d'accès aux algorithmes permettant de traiter les données récoltées par la plateforme de participation⁶¹, elle semble elle aussi fragile. Certes, la loi pour une République numérique prévoit un certain nombre de dispositions relatives à l'obligation de transparence des algorithmes publics, consacrant, dans la continuité de la loi de 1978 créant la CADA⁶², un droit d'accès aux données techniques des programmes de traitement des données. Toutefois, l'obligation de communication de l'information en matière numérique se trouve réglementée dans le seul cadre des programmes d'aide à la décision, voire de traitements automatisés, qui vont permettre à la personne publique – ou à la personne privée chargée d'une mission de service public – de fonder une décision administrative individuelle. Cette restriction est confirmée par le fait que la règle est l'*open access*, non l'*open data* : il n'y a pas d'obligation de publication des données relatives aux algorithmes utilisés⁶³, il y a un droit d'accès individuel, de la personne intéressée, aux informations relatives aux traitements algorithmiques fondant la décision individuelle dont cette personne fait l'objet. Or, une procédure de participation citoyenne ne semble pas pouvoir fonder une décision individuelle, sauf à étendre, par analogie, ces normes au contrat avec une personne privée. Cela pourrait correspondre à l'hypothèse où le choix d'un cocontractant résulte d'une consultation dans le cadre de budgets participatifs. Dès lors la personne privée éventuellement lésée pourrait chercher à faire valoir une perte de chance d'obtention d'un contrat. Cependant, même dans cette hypothèse, il faudrait alors démontrer que l'outil numérique relève effectivement des programmes d'aide à la décision. Or cela semble à nouveau compromis, ne serait-ce que par l'absence de portée décisionnelle de la procédure de participation du public.

Le droit positif ne permet donc pas de fonder une obligation de publicité ni même un droit d'accès aux données techniques des plateformes de participation (y compris aux éventuels algorithmes utilisés pour synthétiser les données récoltées). Cela conduit à des situations de fait hétérogènes, où la décision revient notamment aux prestataires privés auxquels l'autorité publique fait éventuellement appel. Le succès de Decidim⁶⁴ auprès des autorités publiques, logiciel libre, conduit un certain nombre de plateformes à être d'emblée en *open source* alors que l'un des prestataires privés les plus influents en France en matière de plateformes de participation, CapCollectif⁶⁵, a, quant à lui, pris la décision de rendre public son code source cette année, en 2023, les codes sources des algorithmes de traitement auxquels recourt ce prestataire restant quant à eux fermés. Au-delà de l'hétérogénéité des situations, le problème provient ici de la possibilité de contrôler la régularité de l'action de l'autorité publique et l'éventualité de résultats viciés. Or, une ouverture maximale des données techniques permettrait un tel contrôle, en particulier par les acteurs de la société civile ayant les compétences informatiques nécessaires. Cela pourrait être d'autant plus légitime que ce contrôle ne semble pas pouvoir être attendu du côté du juge. Le contrôle juridictionnel oscille, en effet, entre faiblesse quant à l'action de l'administration et totale inexistence quant à celle des participations nationales sans portée décisionnelle⁶⁶. Cette limite conséquente, intensifiant celles relatives au droit positif, mérite que nous la précisions.

⁶¹ Bien souvent, la plateforme récolte et traite les données dans un même temps, opérant par exemple un classement des contributions (CNIL, « Civic Tech, données et Demos. Enjeux de données personnelles et libertés dans les relations entre démocratie, technologie et participation citoyenne », *Cahiers IP Innovation & Prospective*, n°7, p. 26). Parfois, un programme autonome permet, après-coup, d'interpréter les contributions.

⁶² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁶³ MOURIESSE E., « L'opacité des algorithmes et la transparence des algorithmes », *RFDA*, 2019 p. 45.

⁶⁴ Outre son utilisation par un grand nombre de collectivités territoriales, Decidim est également, notamment, le logiciel utilisé pour la plateforme de pétitions auprès de l'Assemblée nationale.

⁶⁵ La plateforme élaborée par CapCollectif est, semble-t-il, celle la plus utilisée par les collectivités. La société a notamment été chargée de la plateforme et du traitement après-coup des résultats lors de la consultation dite « Grand débat national ».

⁶⁶ Les lacunes du droit applicables aux plateformes numériques de participation pourraient soulever un problème dans le fait qu'elles pourraient conduire le juge à user d'un pouvoir d'interprétation si large qu'il créerait, *de facto* et à partir du silence du droit positif sur la question de la participation numérique, des règles de droit encadrant la spécificité de

Concernant le contrôle juridictionnel de l'action de l'autorité administrative, la première question, en matière de contentieux administratif, est celle de déterminer quelle est la décision qui peut faire l'objet d'un recours. Si la décision même d'organiser une procédure de participation revêt un caractère décisoire (ne serait-ce que par les dépenses qu'une consultation implique), elle semble néanmoins peu propice à faire grief à quelconque éventuel requérant. Un recours contre les résultats de la consultation ne semble pas envisageable⁶⁷. Reste comme décision susceptible de recours celle prise par l'autorité administrative, en aval d'une consultation. Lorsque la consultation est prévue à titre obligatoire, elle constitue alors une condition de légalité de l'acte considéré et il ne fait « aucun doute »⁶⁸ que le moyen tiré de l'irrégularité d'une telle consultation est un moyen opérant. S'agissant des consultations facultatives, l'opérance du moyen tiré de l'irrégularité de la consultation dépend du lien suffisant entre les résultats de celle-ci et l'acte attaqué⁶⁹, laissé à l'appréciation du juge⁷⁰.

Cependant, même si le juge administratif se reconnaît compétent pour contrôler la procédure de consultation du public et s'il admet que, y compris dans le cadre d'une consultation facultative, l'administration se doit de respecter un certain nombre de règles, il est difficile de concevoir que les éventuelles irrégularités de procédure ne se trouveraient pas neutralisées, dans la continuité de la jurisprudence Danthony⁷¹, ou rabattues sur le problème (de légalité interne) de déterminer si l'autorité administrative n'a pas renoncé à l'exercice de sa compétence décisionnaire⁷².

Le contrôle éventuel du juge administratif sur une procédure de consultation apparaît donc comme peu susceptible de contraindre l'autorité administrative à respecter les règles s'appliquant en la matière. *A fortiori*, il apparaît peu à même de sanctionner d'éventuelles irrégularités relatives aux modalités de la mise en œuvre numérique de la consultation.

Le fait est que, pour faible qu'il soit, il y a néanmoins dans ces hypothèses contrôle juridictionnel. Or, certaines procédures de participation échappent quant à elles à toute possibilité de recours devant un juge. Il en va ainsi pour au moins deux types de consultation à l'échelon national : les pétitions adressées aux assemblées et les consultations facultatives préalables aux projets de loi.

Le cas de la procédure de pétition adressée à l'Assemblée nationale trouve une illustration dans l'actualité récente. Le 23 mars 2023 a, en effet, été déposée une pétition demandant la

la mise en œuvre numérique des procédures de participation. Cependant, en l'espèce, le problème se situe en amont de ce risque : il touche, en effet, à l'existence même d'un tel contrôle de l'action de l'autorité publique.

⁶⁷ Les résultats n'étant pas un acte décisoire (en ce sens, voir les conclusions de Daumas sur CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*), ces résultats ne se concrétisant pas en une décision administrative. On peut noter toutefois que l'évolution de la jurisprudence du CE en matière de recours contre des actes ou documents non décisaires pourrait amener à nuancer cette assertion (jurisprudences *Fairvesta* et *Numericable* : CE, ass., 21 mars 2016, *Sté. Fairvesta International GmbH*, n° 368082, 368083, 368084 et CE, ass., 21 mars 2016, *Sté. NC Numericable*, n° 390023 ; et l'arrêt *GISTI* du 12 juin 2020 également). La question de savoir si l'on peut qualifier l'issue d'une consultation d'acte de droit souple reste ouverte.

⁶⁸ Daumas, conclusions sur CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ « Il appartient au juge administratif, s'il est saisi de moyens critiquant la régularité d'une telle consultation ouverte au soutien de la contestation de l'acte pris à l'issue de la procédure comportant cette consultation, lorsque cette consultation peut être regardée, notamment au vu de son objet, de son calendrier et de ses conditions de réalisation, comme formant partie intégrante d'un même processus décisionnel, d'apprécier si les exigences [de respect des règles s'appliquant à une consultation facultative] ont été méconnues et, notamment, si les conditions de mise en œuvre de la consultation ont pu être de nature à en vicier le résultat » (CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*, §17).

⁷¹ « Si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie » (CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033).

⁷² Voir, malgré la proximité, les différences de rédaction du considérant de la décision dite *Occitanie* par rapport au considérant de l'arrêt Danthony cité à la note précédente : « Dans l'hypothèse où il relèverait l'existence d'une irrégularité, il appartient au juge administratif, avant d'en tirer les conséquences sur la légalité de l'acte pris à l'issue de la procédure comportant cette consultation, d'apprécier si elle a privé les intéressés d'une garantie ou a été susceptible d'exercer une influence sur l'acte attaqué » (CE, ass., 19 juillet 2017, *op. cit.*, §17).

dissolution des BRAV-M (Brigades de répression des actions violentes motorisées). La commission des Lois a décidé de classer cette pétition une dizaine de jours plus tard, les signatures avaient alors atteint le nombre de 263 887 / 500 000⁷³. Or, lors de la clôture de cette pétition en ligne, a été également modifiée la date limite de recueil des signatures : alors que celle-ci était initialement indiquée pour juin 2027, elle apparaît dorénavant comme ayant été prévue le 05 avril 2023, jour où la commission a décidé de ne pas considérer la pétition. Outre le manque de transparence quant à la durée minimale d'ouverture de ces pétitions en ligne, la plateforme numérique accentue une difficulté relative à un principe d'exigence de sincérité : les modalités de procédure apparaissant sur la page dédiée sans nécessiter de publicité autonome en amont, il est aisé de modifier les données de la page pour que disparaisse toute trace permettant, en l'espèce, de constater que l'Assemblée nationale a modifié rétroactivement les modalités de la procédure. Les pétitionnaires n'ont plus qu'à prendre acte de la clôture de leur pétition, d'une éventuelle mauvaise foi de la part de l'Assemblée, sans possibilité aucune de contestation d'une possible irrégularité de procédure.

Quant au second cas, celui des consultations facultatives préalables aux projets de loi, il semble plus que certain que les articles L. 131-1 et R.*132-9 du CRPA s'imposent en droit. Cependant, la nature non contentieuse du projet de loi avant sa possible transmission au Conseil constitutionnel, à l'instar de celle des actes préparatoires y étant relatifs, empêche tout contrôle du respect par le Gouvernement des règles qui s'imposent. Ainsi, aucun juge ne semble habilité à assurer un tel contrôle dans l'hypothèse d'une éventuelle méconnaissance du droit dans le cadre de la mise en œuvre numérique d'une telle consultation. Le Conseil d'État rend, certes, un avis sur les projets de loi du gouvernement, au titre de l'article 39 de la Constitution. Cependant, il ressort de l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi pour une République qu'au titre de ses compétences consultatives, il ne s'intéresse pas à la consultation préalable que s'est imposée le gouvernement⁷⁴. Par ailleurs, il est difficile d'imaginer le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre des compétences qu'il tient de l'article 61 de la Constitution, sanctionner le manquement par le gouvernement à des règles de nature législative et réglementaire qui s'imposent à une consultation facultative, étant juge de la conformité de la loi aux dispositions de la Constitution. Cela d'autant plus que cette consultation ne s'insère aucunement dans le schéma procédural qui s'impose à la production de la loi.

Il semble ainsi falloir s'en remettre à la probité de l'autorité publique, au sens de sa capacité à fournir efficacement le service de participation en ligne dans le respect du droit positif. La doctrine et les professionnels du droit sont alors les seuls à même d'informer les citoyens sur les éventuelles violations du droit au cours d'une telle procédure numérisée de consultation, dans la limite des informations techniques qu'ils parviennent à obtenir.

Pourtant, cette clarification du cadre juridique applicable, et des garanties de son effectivité, semble capitale, cela d'autant plus que le recours aux plateformes numériques, facilitant le développement des procédures d'association du public à une décision, n'est pas un simple outil d'aide à la décision administrative, mais doit également être interprété comme inséparable de la concrétisation d'un droit, celui de participation.

B/ Une codification comme voie éventuelle pour une clarification du droit applicable

Les limites du droit positif pour saisir convenablement les procédures de participation du public de manière générale et, *a fortiori*, les dispositifs de participations que sont les plateformes numériques nous conduisent à terminer cette contribution en soutenant la pertinence de réaliser une codification relative à la participation dite « citoyenne ». Qu'elle soit à droit constant ou à droit réformatoire, la codification serait souhaitable comme l'illustrent les pistes que nous proposons d'explorer.

À droit constant, la codification a pour finalité la clarification. Cette codification permettrait, en effet, de mettre fin à l'éclatement des sources de ce droit de participation qui nuit tant à la

⁷³ <https://petitions.assemblee-nationale.fr/initiatives/i-1319>.

⁷⁴ CE, ass., avis, 3 décembre 2015, n° 390741.

personne publique qui souhaiterait agir dans la légalité qu'au citoyen ou à l'administré qui souhaiterait faire valoir ses droits et qui ne parvient pas à invoquer les normes pertinentes. Autrement dit, elle clarifierait le cadre juridique qui s'applique à cette activité. Le législateur pourrait ainsi entreprendre une catégorisation des différents modes de participation du public en fonction de plusieurs critères qui sont décisifs pour déterminer le droit applicable. Par exemple, il pourrait diviser cette codification en fonction de la portée décisionnelle ou non de la participation, de l'échelon territorial de compétence de la personne publique, du domaine visé, du format choisi (physique, numérique ou hybride).

Concernant la codification à droit réformatoire, le champ des possibles est plus vaste.

En premier lieu, cette codification laisserait le législateur trancher certaines questions relevant de choix entre deux valeurs. L'exemple idoine d'une telle difficulté est la communication éventuelle des codes sources. Or, il est discutable que trancher ici en faveur de la prévalence de telle ou telle valeur puisse relever d'un arbitrage par le juge (voire par la seule autorité publique en absence de contrôle juridictionnel). D'un côté, les valeurs relevant du propriétaire appellent une protection du prestataire privé dont le modèle économique repose sur la propriété de ce code source, sachant qu'un éventuel passage en *open source* risquerait de contraindre la personne publique à dédier plus de moyens à la gestion du site. D'un autre côté, la participation démocratique, qui est au demeurant l'objectif poursuivi par ces procédures, appelle à ce que les outils numériques soient les plus ouverts possibles, ne serait-ce que pour permettre le contrôle d'un éventuel biais dans les programmes de traitement des données de participation. Il paraît, dès lors, plus opportun de laisser le législateur trancher.

En second lieu, la codification permettrait de proposer des solutions doublement adaptées. D'une part, ces solutions pourraient être adaptées aux spécificités des types de participation en fonction de l'échelon auquel ces procédures se situent. Par exemple, pour une participation à l'échelon national, l'État a sûrement le budget pour dédier plusieurs postes à la gestion du site⁷⁵. En revanche, à l'échelon local, il semble plus difficile de dégager une part du budget pour gérer entièrement un tel service. Or, un prestataire privé, dans l'hypothèse où il existerait une obligation de communication du code source de son produit, pourrait renoncer à contracter avec la personne publique. Cela étant, le code de la participation du public pourrait dans ce cas consacrer un socle minimal de règles à respecter pour ces collectivités et pourrait leur offrir la possibilité d'adopter une charte de bonne conduite qui vaudrait alors engagement. D'autre part, ces solutions seraient adaptées aux enjeux spécifiques du numérique. Elles permettraient notamment de préciser les règles en matière de données à caractère personnel, d'accès ou encore de neutralité des plateformes.

S'agissant de la nature juridique de l'activité de participation, il serait tout à fait loisible au législateur de la qualifier de service public administratif. Ce ne serait pas anodin car il pourrait dès lors se fonder sur les règles générales du régime juridique des services publics pour les développer et les préciser, en fonction des spécificités du numérique. Par exemple, en se fondant sur le principe d'égalité d'accès au service public, le législateur pourrait préciser les règles de restriction d'accès éventuelles à ces plateformes voire les problèmes liés aux fractures numériques. Il pourrait également se fonder sur le principe de neutralité et alors énoncer des obligations relatives au design de la plateforme voire à la transparence de l'algorithme. Pour cette dernière, le législateur pourrait saisir l'opportunité d'une codification à droit réformatoire pour inclure, par exemple, un tiers neutre au sein de la procédure afin qu'une autorité ait la charge du contrôle de l'algorithme. Concrètement, cela signifierait que l'acteur public à l'initiative de la procédure de participation pourrait être obligé de transmettre l'algorithme à la CNIL pour obtenir son avis, notamment à propos de la présence d'éventuels biais discriminatoires. Cela pourrait ainsi permettre de résoudre les difficultés relatives à la transparence de l'algorithme.

⁷⁵ Existent déjà, au demeurant, des agents publics relevant d'administrations en charge des enjeux numériques, ne serait-ce que ceux des départements de la direction interministérielle du numérique (DINUM).

Par ailleurs, l'hypothèse de la codification à droit réformatoire nous permet d'envisager une autre question exploratoire : pourrait-on identifier des obligations positives opposables au législateur en matière de participation du public ?

L'entreprise d'une codification des règles de participation pourrait être l'occasion pour le législateur de concrétiser l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) en tant que son énoncé peut constituer le fondement, jusqu'ici inactivé, d'exigences constitutionnelles relatives à la participation citoyenne. Disposant que « tous les Citoyens ont *droit de concourir personnellement*, ou par leurs Représentants » (nous soulignons) à la formation de la loi⁷⁶, l'article 6 de la DDHC porte « une promesse de participation des citoyens à la fabrique de la loi »⁷⁷, au-delà d'être tenu pour « la consécration du principe représentatif »⁷⁸. Reconnue sans ambages dans l'énoncé même d'un texte constitutionnel, la participation du public à l'élaboration des décisions des autorités publiques pourrait être considérée minimalement comme une exigence constitutionnelle, au mieux comme un droit fondamental reconnu par la Constitution, dont l'exercice se concrétiserait alors de plus en plus par le biais des plateformes numériques. Elle pourrait sinon être considérée comme relevant d'une autre catégorie de norme constitutionnelle.

Cependant, prétendre que ce texte puisse constituer le fondement d'un droit général à la participation soulève certaines difficultés. D'une part, en cantonnant cette participation à la production de la catégorie normative « loi », le texte restreint sémantiquement ce droit à une certaine forme de participation citoyenne. Il ne recouvrerait donc pas un droit général de participation, mais un droit de participation à la production de la seule loi. Cependant, un raisonnement juridique *a fortiori* fondé sur l'énoncé de l'article 6 permettrait d'outrepasser cette première difficulté. En effet, si l'on part de la maxime selon laquelle « qui peut le plus peut le moins », il n'y a pas d'inconvénient à considérer que ce droit de participation citoyenne à la production de la loi s'applique, à plus forte raison, à la production de normes réglementaires. D'autre part, si l'on entendait l'article 6 de la DDHC comme visant la catégorie « loi » au sens formel, une deuxième difficulté résiderait dans le fait que le législateur ne pourrait organiser lui-même ce droit de participation à la production de la loi, sauf à ce que cette participation soit facultative. En effet, si une norme constitutionnelle impose la participation du public à la production de la loi, alors de deux choses l'une : soit une autre norme constitutionnelle dispose une procédure de participation citoyenne comme composante de la procédure législative, soit il faut considérer que cette première norme constitutionnelle impose à elle une telle procédure de participation en amont de la procédure législative prévue par la Constitution. Or, en l'état actuel du droit positif, l'article 6 de la DDHC n'impose aucunement une telle procédure au législateur. Aussi ce dernier ne peut pas régler la procédure législative de son propre chef. En ce sens, ces procédures de participation ne peuvent avoir de portée décisionnelle sans qu'une norme constitutionnelle impose expressément une procédure de participation pourvue d'une telle portée⁷⁹.

À l'aune de ces considérations, une solution intermédiaire semble intéressante. Il faudrait, tout d'abord, interpréter la catégorie « loi » énoncée par l'article 6 de la DDHC au sens large, comme comprenant les catégories de normes infra-législatives. Ensuite, cette distinction permettrait d'envisager deux régimes de l'article 6 en termes de participation citoyenne. D'une part, un premier régime serait un régime de participation à la production des normes réglementaires, contraignant le législateur. Il reviendrait ainsi à ce dernier de mettre en œuvre, dans le cadre de la Constitution, les différents régimes d'exercice du droit de participation à l'élaboration de ces actes (selon s'il s'agit de participation facultative ou obligatoire, de participation à portée décisionnelle ou informative *etc.*). La jurisprudence constitutionnelle pourrait, par ailleurs, reprendre à son

⁷⁶ Si la formulation de l'article 6 de la DDHC pourrait être le fondement d'un droit de participation à portée générale, le sens qu'en retient le Conseil constitutionnel ne fait pas découler un tel droit de cette disposition.

⁷⁷ BARRANGER D., « Citoyen représentant. Une lecture de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 », *Jus Politicum*, n° 29 [https://juspoliticum.com/article/Citoyen-representant-Une-lecture-de-l-article-6-de-la-Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789-1499.html].

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ C'est le cas du référendum législatif, par exemple.

compte les acquis du droit à la participation en matière de production des normes réglementaires : à titre d'exemple, l'article 6 pourrait ainsi impliquer, pour le législateur, l'interdiction d'ouvrir une participation obligatoire à un public ne réunissant pas les conditions de la citoyenneté ou, à l'inverse, la possibilité pour le législateur de permettre l'ouverture d'une participation facultative à des personnes ne remplissant pas les conditions de la citoyenneté. D'autre part, un second régime serait un régime de participation à la production des lois ; il ne pourrait être qu'un régime de participation facultative – le législateur ne pouvant ni modifier la procédure législative, ni lier sa propre compétence pour l'avenir. Ce dernier régime se cantonnerait à encadrer l'hypothèse de l'exercice de mécanisme de participation facultative à portée informative en matière législative, dès lors que l'article 6 ne saurait davantage s'appliquer à un mécanisme de participation à portée décisionnelle en matière législative⁸⁰. En somme, il y a ici un véritable enjeu pour le législateur de considérer qu'il intervient pour encadrer le domaine de la participation citoyenne au titre de ses obligations constitutionnelles, lesquelles découleraient de l'article 6 de la DDHC combiné à l'article 34 de la Constitution⁸¹. En effet, s'il découlait des exigences de l'article 6 de la DDHC quant à la mise en œuvre de procédure de participation en amont de la procédure législative, celles-ci ne s'effectueraient pas en dehors de tout fondement juridique, et donc de tout cadre normatif⁸².

Dans des domaines déterminés, il est plus aisé d'identifier des exigences constitutionnelles en matière de participation du public. En ce sens, l'article 7 de la Charte de l'environnement consacre explicitement ce droit, dans un périmètre circonscrit, puisqu'il énonce que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de *participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » (nous soulignons). Ainsi le Conseil constitutionnel veille, par sa jurisprudence relative au droit de participation en matière environnementale, à ce que la loi assure « la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause »⁸³. Le Conseil précise par ailleurs que l'expression « décisions publiques » concerne aussi bien les normes adoptées au niveau législatif qu'au niveau réglementaire⁸⁴.

Mentionnons également que du côté du droit international, l'on peut aussi identifier des règles relatives à la participation du public. Ces règles sont également sectorielles. Par exemple, le Conseil de l'Europe a adopté un protocole additionnel à la charte européenne de l'autonomie locale⁸⁵ dans lequel il consacre de façon claire ce droit, à l'échelle des collectivités territoriales. Il le fait à son article 1^{er} intitulé « droit de participer aux affaires d'une collectivité locale ». L'article 2 prône même « l'encouragement de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication pour la promotion et l'exercice du droit de participer »⁸⁶.

Quelles que soient les solutions retenues, la codification du droit relatif à la participation du public et à l'usage des plateformes numériques répondrait au constat que la multiplication de la participation dite « citoyenne » se veut une revivification des procédés démocratiques. Or, plus

⁸⁰ Le droit pertinent serait le droit constitutionnel spécifiquement applicable à ces mécanismes de participation à portée décisionnelle, dès lors que seule la Constitution peut déroger à la délégation du pouvoir décisionnel en matière de production législative (par exemple en prévoyant des procédures de référendum).

⁸¹ « La loi fixe les règles concernant (...) les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

⁸² Comme il a été le cas pour la consultation publique organisée du 26 septembre 2015 au 18 octobre 2015 sur le texte de l'avant-projet de loi (Loi pour une République numérique).

⁸³ CC, Décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, cons. 8.

⁸⁴ Voir, notamment : CC, Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* ; CC, Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Assoc. FNE et a.*

⁸⁵ Ladite charte est en vigueur en France depuis 2007 et le protocole additionnel depuis 2021, les deux ayant été signés puis ratifiés.

⁸⁶ Article 2, §2, *iii*, du protocole additionnel.

l'ambiguïté plane, plus est ouverte la voie à une simple instrumentalisation politique de ces outils⁸⁷ qui risquent, de façon contreproductive, de conduire à une perte de confiance des citoyens dans leurs institutions. La codification permettrait donc d'explicitier les garanties minimales relatives à l'utilisation de dispositifs numériques dans le cadre de la participation du public et d'ainsi assurer une certaine sécurité juridique, condition nécessaire pour réaliser l'objectif qu'est d'augmenter la confiance envers les autorités publiques. Elle pourrait également être l'occasion d'explicitier les éventuelles obligations positives s'imposant au législateur sur le fondement d'exigences constitutionnelles relatives à la participation.

⁸⁷ Alors que la rédaction de ce papier était censément achevée, le Gouvernement propose au téléchargement une application, « Agora », présentée comme une « appli pour dialoguer avec le Gouvernement » (gouvernement.fr). L'application comporte deux onglets ; le premier, « consultations », propose des QCM relatifs à un domaine d'action publique, le second volet, « questions citoyennes », permet de publier une question et de 'liker' les questions publiées, le Gouvernement s'engageant à répondre à la question ayant « obtenu le plus de soutiens le mardi à 14h ». Le déploiement de ce nouveau dispositif participatif relève des procédures facultatives de consultation du public sans que les résultats de cette consultation ne soit juridiquement contraignants pour l'autorité publique ; les obligations s'imposant à l'autorité publique sont, dès lors, celles précisées par l'arrêt *Occitanie*. Si l'application fait montre de peu d'originalités en termes de droit applicable, elle peut néanmoins soulever plusieurs éventuelles difficultés intéressant les juristes. Relevons-en quelques-unes. Le respect du principe de sincérité, lui-même impliquant le principe d'égalité et le principe d'impartialité, est-il garanti ? Plusieurs éléments de l'application peuvent faire douter : le choix de l'outil sous forme d'application intensifie les inégalités numériques et le choix de la modalité des questions au Gouvernement rend largement possible qu'une partie du public s'organise pour voter massivement pour une question, cela étant facilité par l'absence de toute modalité d'identification pour utiliser l'application ainsi que l'absence de toute modalité visant à éviter les votes multiples (il suffit de désinstaller et réinstaller l'application pour apparaître comme un nouveau participant) ; or, rappelons qu'il est démontré que, loin d'être égalitaire sur le terrain des idées, internet facilite la propagation des opinions réactionnaires et conservatrices (v. notamment les travaux de Jen SCHRADIE, sociologue). Une autre difficulté juridique pourrait venir de la place offerte au secteur privé dans les opérations d'administration de l'application, notamment la délégation à un sous-traitant (Netino) de la modération des contenus publiés ; ou encore, s'il s'avérait que le Gouvernement, s'étant engagé à répondre à la question ayant obtenu le plus de soutiens, ne tenait pas cet engagement : ce dernier est-il en lui-même contraignant ? Pour finir, mais sans avoir été exhaustif pour autant, la difficulté majeure que soulève la mise en œuvre de cette application est sans doute celle récurrente en matière de processus participatifs, à savoir l'impossibilité de faire reconnaître d'éventuelles irrégularités dès lors qu'est mise en échec la possibilité d'un contrôle juridictionnel (voir : II. A).