

Maurer School of Law: Indiana University

Digital Repository @ Maurer Law

Articles by Maurer Faculty

Faculty Scholarship

2013

Le principe de transparence et les nouvelles technologies aux États-Unis

Elisabeth Zoller

Indiana University Maurer School of Law

Follow this and additional works at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub>



Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Zoller, Elisabeth, "Le principe de transparence et les nouvelles technologies aux États-Unis" (2013).

Articles by Maurer Faculty. 837.

<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/837>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Digital Repository @ Maurer Law. It has been accepted for inclusion in Articles by Maurer Faculty by an authorized administrator of Digital Repository @ Maurer Law. For more information, please contact rvaughan@indiana.edu.



LAW LIBRARY
INDIANA UNIVERSITY
Maurer School of Law
Bloomington

LE PRINCIPE DE TRANSPARENCE ET LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION AUX ÉTATS-UNIS

Élisabeth Zoller

Comme tant d'idées nouvelles, le principe de transparence qui déferle sur l'Europe (Communication de la Commission au Parlement européen, 2011) et la France (Circulaire du 26 mai 2011) vient des États-Unis. Il a transité par le Royaume-Uni où le gouvernement de Gordon Brown s'en est emparé (*Putting the Frontline First*, 2009), dix mois à peine après qu'il eût été propulsé au rang d'obligation prioritaire de l'administration fédérale par le Président Obama. Dès son entrée en fonction le 21 janvier 2009, celui-ci s'engagea à promouvoir la transparence et il imposa par voie de circulaire adressée à tous les directeurs d'agences et chefs de département du gouvernement fédéral de suivre désormais « une politique d'ouverture sans précédent » (*Transparency and Open Government*, Memorandum of January 21, 2009). L'idée de transparence n'était pas nouvelle à l'époque, mais l'opacité qui avait entouré les activités de lutte contre le terrorisme menées par l'administration Bush en avait fait une relique des temps passés.

À l'origine, aux États-Unis, le principe de transparence fut d'abord avancé contre le secteur privé. Lorsqu'en 1914, dans une formule maintes fois citée, Louis D. Brandeis y faisait implicitement référence en rappelant que « la lumière du soleil est le meilleur désinfectant et la lumière électrique le meilleur policier » (Brandeis, 1914 : 92), c'est contre les banquiers, les discriminations qu'ils pratiquaient entre leurs clients dans l'octroi de prêts, la corruption et les conflits d'intérêt du monde de la finance qu'il écrivait. L'exigence de transparence dans le secteur public et le monde de la politique est venue plus tard. Initialement, elle a pris la forme d'un droit à l'information, à commencer par le droit des citoyens d'être informés des textes qui les concernent, un peu comme les justiciables tiennent du *due process of law* le droit d'être informés des poursuites engagées contre eux par voie de notification (*notice*) de manière à pouvoir se défendre.

Le parallèle entre fonctionnement de la justice et transparence s'impose dans les pays de *common law* car il n'y a pas de système juridique où elle soit plus totale. Dans la procédure de *common law*, tout se fait au grand jour, comme en témoignent devant la Cour suprême les audiences publiques, le téléchargement libre et gratuit des requêtes introductives d'instance, des mémoires des parties et des amis de la Cour (*amicus curiae*), des retranscriptions intégrales des plaidoiries échangées, tous ces éléments étant rendus publics et accessibles sur Internet avant jugement, lequel se présente, comme on sait, sous la forme d'une exposition écrite, longue et argumentée, des raisons de fait et de droit qui le soutiennent, accompagnée des opinions séparées qui auraient conduit à un résultat différent (Schauer, 2011 : 1341). Ces pratiques témoignent d'un ressort psychologique des plus profonds de la culture de *common law*, dans laquelle il est unanimement admis que tout ce qui se fait au grand jour, ouvertement et dans la transparence, ne peut pas être mauvais en soi et induit presque toujours, par la seule pression de l'opinion publique, le respect du droit (Zoller, 2001 : 573). La transparence est une condition de la *rule of law*.

Le droit du public à être informé de ce que fait la branche exécutive, entendez, le Président et son administration, fut établi par le *Federal Register Act* (1935) qui ordonna la publication systématique de toutes les proclamations présidentielles, et de tous les décrets et règlements pris par les agences. En 1946, le Congrès franchit un pas supplémentaire, décisif de l'évolution du droit public américain par sa portée, quand il adopta une loi qui répudia pour toujours la procédure fermée et secrète de l'élaboration des règlements administratifs, quasiment à huis clos, entre professionnels d'un secteur et l'administration fédérale que la Cour suprême avait invalidée dans l'arrêt *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (Bingham, 2010 : 307 ; Zoller, 2010 : 176). Cette loi, qui est connue sous le nom d'*Administrative Procedure Act* et qui est aujourd'hui encore le pilier fondateur du droit administratif américain, a introduit la démocratie participative dans la procédure administrative non contentieuse (Isaac, 1968). Elle oblige les agences à élaborer leurs règlements au grand jour en y faisant participer le public et toute personne intéressée.

Peu après la reconnaissance d'un droit du public d'être informé de ce que fait la branche exécutive s'est développée la revendication du droit de n'importe quel individu à requérir d'elle, sans avoir besoin de donner une explication ou de se justifier, l'accès à tout document identifiable, non publié et en sa possession. Reconnu par la loi *Freedom of Information Act* (1966), connue sous l'acronyme FOIA, le droit à l'information souffre des exceptions, pour des raisons de sécurité nationale, pour cause de secrets commerciaux ou financiers, ou pour des raisons tenant à la protection des données personnelles dont la révélation porterait atteinte à la vie privée (dossiers médicaux, par exemple). Mais il n'a cessé de s'étendre, notamment sous l'influence des théories économiques néo-libérales, et il concerne aujourd'hui les documents qui révèlent les dépenses effectuées par l'administration fédérale sous la forme de subventions versées, de contrats ou marchés conclus ainsi que de prêts accordés (*Federal Funding Accountability and Transparency Act of 2006*). À la faveur des requêtes FOIA qui se sont multipliées à partir des années 1970 au point que certains avocats sont devenus des avocats FOIA, comme d'autres sont spécialisés dans la législation anti-trust, l'administration fédérale est devenue plus transparente qu'autrefois. Mais tout n'était pas parfait. En 2009, par exemple, il avait fallu aller en justice pour obtenir communication de la liste des personnes qu'avait consultées le Département de la défense pour concevoir et organiser les commissions militaires mises en place par l'administration Bush (Fidell, 2009 : 460).

Tout a changé quand l'administration Obama a pris les commandes. Le jour même de son entrée en fonctions, le 21 janvier 2009, le Président a pris une circulaire (*Freedom of Information Act*) qui a renversé l'interprétation faite jusqu'alors de la loi de 1966 en déclarant clos l'ère du gouvernement fermé et secret qui avait marqué la présidence George W. Bush et en imposant à tous les directeurs de départements fédéraux et à toutes les agences d'appliquer « une présomption favorable à la communication de tout document demandé ». Les deux circulaires adoptées par le Président Obama le premier jour de sa présidence ont ouvert une ère nouvelle, celle de la génération qui l'a porté au pouvoir, la génération Internet. Avec elle, le principe de transparence est devenu une exigence (I) dont la mise en œuvre obéit toutefois à certaines limites (II)

I – L'exigence de transparence

Telle que l'entend l'administration Obama dans le rapport qu'elle a présenté sur son engagement à ouvrir le gouvernement au public, « la transparence implique d'informer le public sur ce que fait

son gouvernement. Elle consiste, par exemple, à révéler ce que les agences fédérales ont fait et vont faire. La prémisse de la transparence est que les citoyens ont un titre (*entitled*) à savoir ce que le gouvernement fait, comment et pourquoi il le fait » (*The Obama's Administration Commitment to Open Government*, 2009 : 5). Le mot capital, ici, est le mot « citoyen ». Le principe de transparence trouve son fondement constitutionnel dans la qualité de citoyen. On notera que les Révolutionnaires français l'avaient déjà compris quand ils ont inscrit ledit principe en arrière-fonds de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Les révolutionnaires américains partageaient les mêmes idées. En 1822, James Madison relevait dans une lettre à William T. Barry, alors lieutenant-gouverneur du Kentucky : « Un gouvernement populaire sans information populaire, ou doté des moyens de l'acquérir, n'est que le prélude à une farce ou à une tragédie, ou peut-être les deux. Le savoir gouvernera toujours l'ignorance. Et un peuple qui entend rester son propre maître, doit s'armer du pouvoir que donne le savoir » (CRS, *Government Transparency*, 2012 :1).

A – Fondement constitutionnel

Si le fondement du principe de transparence est la citoyenneté, la transparence ne saurait être « un choix » pour les gouvernants (Sarkozy, 9 décembre 2011), mais une obligation, commandée par la constitution républicaine de l'État. Elle signifie que les citoyens ont droit à 'plus' que simplement regarder l'administration « du dehors » (*from the outside*) comme des consommateurs regardent des objets dans une vitrine ; ils ont droit à se faire entendre dans la gestion des affaires publiques et les agents publics ont tout à gagner à écouter le savoir expert et même non-expert qui peut exister en dehors de l'administration. On l'aura compris, avec le principe de transparence, les citoyens ont un droit à participer à l'élaboration des politiques publiques et à en suggérer d'autres par des moyens qui vont au-delà du simple exercice du droit de vote. Parce qu'ils sont éduqués, ils peuvent même faire plus que de faire connaître leurs vues sur des alternatives définies à l'avance, ils peuvent aider à la configuration des priorités de l'action des administrations de telle sorte que leur participation débouche sur une vraie collaboration entre eux. Pour l'administration Obama, quand les citoyens collaborent avec les administrations, ils deviennent des partenaires du gouvernement dans la définition et la poursuite des objectifs gouvernementaux. La transparence n'est donc pas une fin en soi, elle est un moyen avec la participation et la collaboration de parvenir à un « gouvernement ouvert » (*open government*). D'où les trois thèmes sur lesquels portent les efforts de l'administration Obama pour garantir un « gouvernement ouvert » : transparence, participation, collaboration (*The Obama's Administration Commitment to Open Government*, 2009 : 5).

En simplifiant beaucoup les choses, telle qu'elle fut codifiée initialement dans la loi FOIA précitée, la transparence, c'est-à-dire, le libre accès aux données publiques, est au service de deux objectifs, l'un économique, l'autre politique. Le premier correspond à l'utilisation commerciale par les entreprises des données publiques qui vont en retirer un profit. Administrations et agences fédérales peuvent parfaitement choisir de les rendre payantes. L'objectif politique sert la démocratie au sens large, l'éducation, le débat public, l'échange des idées. Dans ce dernier cas, la loi prévoit la levée de toute redevance qui serait prévue et la mise à disposition gratuite des données publiques « si la révélation de l'information est dans l'intérêt public, en ce qu'il est probable qu'elle va contribuer de manière significative à la compréhension par le public de la

manière dont est organisé le gouvernement et comment il fonctionne, et que la requête n'est pas faite en priorité dans l'intérêt commercial du requérant » (FOIA FEE Summit, 2011 : 49). Les enseignants, les chercheurs, les journalistes, y compris ceux en *freelance* s'ils peuvent prouver un rattachement à une organisation de presse, doivent jouir d'un accès libre et gratuit aux données publiques.

Si l'on veut opposer les conceptions respectives que les administrations Bush et Obama se sont faites de la transparence, c'est dans la combinaison entre les deux objectifs qu'il faut rechercher. Pour l'administration Bush, l'objectif économique l'emportait. La transparence devait servir le business et les économies budgétaires en mettant à disposition des citoyens un maximum de données publiques pour qu'ils puissent soit les faire fructifier par des applications aux activités d'entreprise, soit évaluer le gouvernement comme des consommateurs peuvent évaluer les biens et services rendus par les producteurs et fournisseurs. Lorsqu'en juillet 2002, le Président George W. Bush s'engage à créer un gouvernement « plus centré sur le citoyen, plus orienté vers les résultats, plus fondé sur le marché » (Klima, 2003 : 3), ce citoyen qui doit devenir le centre de l'action gouvernementale, c'est un *homo economicus*, c'est un individu rationnel capable d'apprécier l'action des pouvoirs publics à la lumière de l'analyse des choix publics, en un mot, c'est un consommateur auquel il importe de fournir un service de qualité par le biais des nouvelles technologies de l'information ainsi qu'un maximum de données publiques pour obtenir sa confiance (Welch, Hinnant and Moon, 2005 : 371).

Pour l'administration du Président Bush, la transparence était d'abord une opération de séduction. Largement appliquée aux finances publiques, elle était un gage d'honnêteté des politiciens comme elle l'est des hommes d'affaires dans le monde de la finance ; c'est pourquoi l'administration Bush a fait porter les efforts en priorité sur la dépense. Le passage de la loi *Federal Funding Accountability and Transparency Act 2006*, suivi de la mise en place du site *USASpending.gov* où l'électeur trouve le compte-rendu détaillé et intégral du montant des dépenses engagées au titre des subventions, prêts ou contrats du gouvernement fédéral est un bon témoignage de la transparence considérée comme une fin en soi.

Pour l'administration démocrate du Président Obama, la transparence n'est pas une fin en soi – le Président y a insisté à plusieurs reprises – c'est un moyen, le moyen de « renforcer notre démocratie et de promouvoir l'efficacité et l'efficacé dans notre gouvernement » (*Transparency and Open Government*, Memorandum of January 21, 2009). Il s'agit moins de plaire que de donner du pouvoir au citoyen, de l'« *empower* » selon une formule aujourd'hui à la mode, c'est-à-dire de lui permettre, certes d'innover et de créer sa propre entreprise, par exemple, mais aussi et peut-être surtout de participer effectivement aux affaires publiques et de consolider la démocratie (*The Obama's Administration Commitment to Open Government*, 2009 : 4). Le citoyen n'est plus traité comme un consommateur, spectateur passif, quoiqu'occasionnellement critique, d'une histoire qui se déroule en dehors de lui ; c'est un producteur d'idées, un acteur engagé dans l'élaboration et le contrôle des politiques publiques aux côtés des administrateurs. Derrière l'« *empowerment* » des citoyens, c'est une nouvelle manière de gouverner les hommes qui se dessine ; c'est un nouveau paradigme qui structure le politique. Combinant les découvertes de l'économie du droit et de la démocratie participative, il donne la priorité à la gouvernance sur le gouvernement, pour ainsi dire. La gouvernance consiste à gommer la distinction entre 'eux' et 'nous', et à mettre toutes les activités, fonctions et modes de contrôle des acteurs publics et privés de la société au service des

fins sociales, politiques et économiques du gouvernement (Lobel, 2004 :344). Elle se sépare de la hiérarchie et du contrôle qui dominaient les politiques du New Deal pour se rapprocher de la participation et de la collaboration, en développant chez les électeurs le sens de la citoyenneté.

B – Mise en œuvre

Un objectif aussi ambitieux ne peut pas être atteint par une simple mise à disposition d'un maximum de données publiques sur Internet. Il ne suffit pas d'y déverser de l'information brute, sous forme de masses de faits et de chiffres, librement téléchargeables, quand bien même les données ainsi mises en ligne le sont de façon spontanée par l'effet d'une politique d'*active disclosure*, c'est-à-dire sans que le citoyen ait à solliciter les administrations de les lui communiquer ou de les rendre accessibles. Ce qui fait la valeur de la transparence, c'est son intérêt pour l'internaute, l'usage qu'il peut en faire, l'intelligibilité de l'information fournie. La transparence n'est donc pas une fin en soi, répète l'administration Obama ; elle n'est pas simple synonyme de mise à disposition des données publiques, sauf à devenir un point final dans la chaîne des responsabilités, une manière de satisfaire la lettre de la loi plus que son esprit (Rosenthal, 2012). La transparence exige de mettre à disposition du public non seulement l'accès, mais aussi l'usage de l'information dans un format qui la rende 'effective', c'est-à-dire d'une manière qui permette aux citoyens de faire des choix et de prendre des décisions informées (Fung et al., 2004 :7).

La volonté présidentielle non seulement de rendre les données publiques accessibles aux citoyens, mais encore de leur permettre de les comprendre et de les utiliser, a pris forme dans une directive du directeur de l'OMB (*Office of Management and Budget*) adoptée en décembre 2009 qui fixe quatre objectifs aux chefs des départements fédéraux et aux directeurs d'agences. Premièrement, tous les départements et toutes les agences doivent mettre en ligne les informations dont ils disposent et respecter, à cette occasion, la « présomption d'ouverture » annoncée par le Président Obama dès sa prise de fonction. L'idée est de disséminer l'information utile dès qu'elle est connue des agences plutôt que d'attendre des demandes spécifiques présentées au titre de la loi FOIA. Deuxièmement, les agences doivent améliorer la qualité de l'information fournie jusqu'ici, notamment, en matière de dépenses fédérales. Troisièmement, elles doivent s'efforcer de susciter, puis institutionnaliser, « une culture de gouvernement ouvert » en développant, échangeant et partageant les meilleurs usages pratiqués par chacune d'elles pour y parvenir. Enfin, les agences doivent veiller à bâtir le cadre le plus propice au développement d'une culture de transparence par le recours systématique aux meilleures technologies et formes de communication (OMB, *Open Government Directive*, 2009).

La directive de l'OMB demande aussi à chaque agence de concevoir un plan pour atteindre l'objectif d'ouverture voulu par le Président et à le rendre public. Chaque agence doit avoir une page web qui fasse état des mesures déjà prises, et qu'elle envisage de prendre, pour favoriser la transparence de ses activités et développer la participation des citoyens. Ces pages doivent solliciter des réponses de la part des citoyens. Pour superviser l'ensemble, le directeur des services fédéraux de la technologie a mis en place sur la toile un tableau de bord (*Dashboard*) qui permet de mesurer les progrès réalisés par chaque agence vers plus de transparence. De nombreuses agences ont déjà reçu les félicitations du public pour les efforts déployés par elles pour favoriser au maximum la transparence. C'est le cas du Département de la Santé qui a mis en ligne toutes sortes de données pour aider les citoyens à se soigner au mieux selon les

performances des hôpitaux, à se maintenir en bonne santé par la diffusion des bons et mauvais aliments, ou à trouver les meilleures maisons de retraite en termes de qualité et de services rendus. C'est aussi le cas du département de l'Énergie qui contient des liens vers plus de 60 sites pour se fournir en énergie propre et une foule de données sur les économies d'énergie. Il en va de même des départements du travail ou des transports. Sur les trois ans écoulés depuis 2009, les agences ont rendu publiques des centaines de milliers de données qui sont stockées dans une sorte de grand entrepôt des données publiques, appelé *Data.gov*. Cette plateforme fournit des données dans toutes sortes de domaines comme, par exemple, les voyages aériens, la qualité de l'air selon les États, la sûreté des véhicules, les taux de criminalité, le niveau de sécurité assuré contre les trafics de drogue avec indications des quartiers à risque, les meilleures écoles et lieux d'apprentissage pour l'enfance, les soins médicaux, la diététique, l'obésité, ou la sécurité sur les lieux de travail. *Data.gov* a même un système de notation qui permet aux internautes de noter sur une échelle de cinq étoiles la qualité et l'utilité des données mises en ligne (*The Obama's Administration Commitment to Open Government*, 2009 : 34).

Pareille masse de données publiques en libre accès ne peut pas ne pas avoir de profondes influences sur l'économie et la société. Comme le déclarait le directeur des services fédéraux de la technologie à une commission du Sénat sur la sécurité intérieure : « Aujourd'hui, que signifie 'Gouvernement ouvert' pour le peuple américain ? ». Il déclina la réponse en ces termes : « Quand le département de l'agriculture met en ligne des informations sur la valeur diététique des aliments, les parents peuvent faire de meilleurs choix pour nourrir leurs familles. Quand le département de l'éducation rend publiques les données recueillies sur les collèges et les universités, les étudiants peuvent faire des choix mieux informés sur la qualité et le coût de leurs études. Quand le département du travail publie ses données sur les risques et les accidents de travail, les employeurs peuvent améliorer la sécurité sur les lieux de travail pour leurs propres employés » (*Removing the Shroud of Secrecy*, 2010 :7).

II – Les limites à la transparence

Dans son mémorandum du 21 janvier 2009, le Président Obama a pris soin de fixer des limites à la politique de transparence et de gouvernement ouvert dont il a fait le mot d'ordre de sa présidence. Il a annoncé que son administration prendrait, pour la mettre en œuvre, des mesures « conformes au droit et à une [sage] politique (*consistent with law and policy*) », formule prudente qui réserve les nécessaires exceptions à la transparence (*Transparency and Open Government*, Memorandum of January 21, 2009). Une liste plus ou moins détaillée de celles-ci se trouve déjà dans toutes les lois du Congrès qui ont traité de l'accès du public à l'information et à la communication de documents publics comme les lois *Freedom of Information Act* (1966), *Federal Advisory Committee Act* (1972), *Privacy Act* (1974), ou *Government in the Sunshine Act* (1976). Car ces limites sont anciennes ; elles furent prévues dès les premiers textes sur l'ouverture du gouvernement ; elles vont des impératifs de sécurité nationale à la sauvegarde de la vie privée, y compris la protection des données personnelles dont disposent les services chargés de l'exécution des lois comme les policiers ou les procureurs. Le Congrès et la Cour suprême en ont défini les contours.

A – Les limites législatives

La loi FOIA prévoit neuf catégories de documents qui échappent à la règle de libre communication des documents officiels au public :

1. L'information classée sous le secret « défense nationale » ou « politique étrangère », le classement s'opérant par décret ;
2. L'information qui concerne uniquement les règles relatives au personnel ou aux pratiques internes à l'agence ;
3. Les données qui sont spécifiquement soustraites à toute communication au public de par la loi ;
4. Les secrets commerciaux et l'information commerciale ou financière obtenus d'une personne liée par le secret professionnel ;
5. Les communications internes à l'agence ou celles qui s'établissent entre agences par voie de lettres ou mémorandums qui ne seraient pas communicables en droit, sauf par voie d'action en justice ;
6. Les dossiers personnels, médicaux ou assimilés dont la communication constituerait une violation de la vie privée ;
7. Certains types d'enquêtes menées à des fins d'exécution de la loi et de sûreté publique ;
8. Certaines informations relatives à la régulation des institutions financières ;
9. L'information et les données géologiques et géophysiques.

Certaines de ces exemptions ont fait l'objet de nombreux recours et un abondant contentieux s'est greffé sur elles. Récemment, la Cour suprême a renversé une jurisprudence sur la 2^e catégorie, vieille de trente ans, qui avait interprété si largement le texte que rentrait dans la catégorie, « information qui concerne uniquement les règles relatives au personnel ou aux pratiques internes à l'agence », tout document dont la communication au public pouvait compromettre l'exécution par l'agence de ses fonctions, en conséquence de quoi elle a annulé le refus opposé par la marine à un résident de Puget Sound (État de Washington) où se situe l'une de ses bases de lui communiquer la carte faisant état de la localisation des explosifs sur la base et de leur espacement pour éviter les explosions en chaîne en cas d'accident (*Milner v. Department of the Navy*, 2011).

L'interprétation des exemptions de la loi FOIA a été changée de fond en comble par l'administration Obama. Sous l'administration Bush, consigne avait été donnée aux agences saisies de demandes de communication de documents administratifs de prêter longue et soigneuse attention aux intérêts institutionnels, commerciaux, personnels et privés susceptibles d'être atteints par de telles requêtes. Sous l'administration Obama, la règle est que les agences doivent décider de la suite à leur donner à la lumière d'une « présomption favorable à la communication ».

Au titre des limites à la transparence fixées par la loi, il faut mentionner la loi sur la protection de la vie privée, le *Privacy Act* (1974), qui protège la confidentialité des données personnelles collectées sur un individu par une agence fédérale dans un quelconque système de banques de données. Seules la personne concernée ou une personne dûment habilitée par la loi peuvent y avoir accès. L'une des failles de cette loi est qu'elle ne s'applique pas aux banques de données privées.

B – La jurisprudence de la Cour suprême

La Cour suprême est entrée dans le domaine du droit d'accès des citoyens aux données publiques par l'intermédiaire de la liberté de la presse. L'arrêt de principe sur le droit d'accès est la décision *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* (1980). Il s'agissait d'un inculpé pour meurtre qui était rejugé pour la quatrième fois. Son conseil avait demandé à la Cour et obtenu d'elle que le procès se tienne à huis clos. La presse qui avait été exclue de l'audience fit appel de la décision et obtint satisfaction de la Cour suprême au motif qu'en l'absence d'impératif étayé par des faits dûment établis, le procès pénal doit être ouvert au public. Pour le Président Burger qui rédigea le jugement de la Cour, rejoint par les juges White et Stevens, les trois libertés garanties par le Premier amendement, les libertés d'expression, de presse et de réunion, partagent le même but, une libre communication des opinions sur les opérations du gouvernement entre citoyens. Toutefois, sans la moindre référence au Premier Amendement, trois autres juges ont estimé que le droit d'accès du public aux procès criminels trouve son fondement dans le Sixième amendement qui garantit à l'accusé un procès public.

Aujourd'hui, sous l'effet des nouvelles technologies, le droit d'accès du public aux données publiques en matière pénale s'est renforcé. Récemment, la Cour l'a étendu au droit des citoyens de connaître l'identité des personnes condamnées pour agressions sexuelles sur des mineurs et vivant dans leur voisinage, même lorsqu'elles ont purgé leurs peines, et elle a reconnu à l'État d'Alaska le droit de mettre en ligne ces informations sur Internet, *Smith v. Doe I, et al.* (2003), au motif que le système judiciaire n'a jamais considéré la dissémination, pour des raisons d'intérêt public, de nouvelles qui sont vraies comme une punition. La Cour a ajouté : « La transparence est essentielle pour garantir le respect du public pour le système de justice pénale, assurer son intégrité et protéger les droits des accusés ». Quant au moyen dirigé contre le caractère ostracisant et humiliant de la mesure, la Cour l'a rejeté en considérant que « le but et le principal effet de la publicité sur Internet est d'informer le public, non de punir le condamné. Un large accès du public à l'information est une condition décisive de la réussite de la politique choisie par l'État, et l'humiliation qui peut l'accompagner n'est qu'une conséquence collatérale d'un règlement valide ».

Au-delà de la matière pénale, la Cour a étendu le droit d'accès des citoyens aux données publiques à la matière électorale et, en particulier, à la révélation de l'identité des signataires d'une initiative aux fins d'obtenir la tenue d'un référendum abrogatif sur un texte. L'État de Washington dispose d'une loi (*Public Records Act*) qui permet aux citoyens d'obtenir copie de documents publics et que les autorités interprètent comme autorisant l'accès aux pétitions populaires en vue d'un référendum. En 2009 fut adoptée dans l'État une pétition portant 137.000 signatures (120.000 sont requises) pour organiser un référendum sur l'abrogation d'une loi qui avait étendu les droits et responsabilités des couples mariés hétérosexuels aux couples homosexuels. Le référendum eut lieu et il fut adopté par 53 % des voix. Après le scrutin, les autorités de l'État reçurent des demandes émanant de deux associations, l'une de défense de la transparence en matière d'affaires publiques, l'autre œuvrant à la protection des familles unies et rassemblées, tendant à obtenir communication publique du nom des signataires de la pétition. Par ailleurs, deux groupes d'intérêt d'envergure nationale qui avaient aidé à la collecte des signatures menacèrent de faire connaître sur Internet le nom des personnes qui les avaient données. Celles-ci se pourvurent en justice pour obtenir par voie d'injonction interdiction de toute publication de la liste au motif que

la loi qui l'autorisait était inconstitutionnelle. Dans un arrêt *John Doe I, et al. v. Reed* (2010), la Cour suprême a rejeté leurs demandes.

S'appuyant uniquement sur l'intérêt des autorités à garantir l'intégrité du processus électoral, et sans se prononcer sur celui qu'elles pourraient avoir à disséminer de l'information, la Cour a estimé que le premier intérêt « s'étend plus généralement à promouvoir la transparence et la responsabilité dans le processus électoral ». Cet intérêt ne se limite pas à empêcher la fraude ; il consiste aussi à prévenir « la simple erreur commise, par exemple, par la personne qui, sollicitée deux fois, signe deux fois, ou qui signe sans être inscrite sur les listes électorales ». Et la Cour de conclure : « La révélation publique [de ces signatures] aide à garantir que les seules signatures prises en compte sont celles qui doivent l'être et que les seules questions posées aux électeurs sont bien celles qui ont effectivement réuni le nombre de signatures exigées. La révélation publique promeut aussi transparence et responsabilité dans le processus électoral d'une manière que d'autres mesures ne peuvent égaler ». Au moyen des plaignants tiré des risques de harcèlement et d'intimidation que cette révélation leur faisait courir, la Cour a répondu qu'ils n'étaient pas plus élevés que ceux encourus par les signataires de pétitions en matière fiscale, énergétique, foncière ou scolaire.

Les nouvelles technologies de l'information sont en train de révolutionner le système politique et administratif des États-Unis au niveau fédéral comme au niveau fédéré en imposant une nouvelle gouvernance, la gouvernance citoyenne.

Bibliographie:

Bingham (L. Blomgren), "The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance", *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 297 et s.

Brandeis (L. D.), *Other's People Money and How the Bankers Use It*, New York, F. Stokes Co. Publ., 1914

Circulaire du 26 mai 2011, J.O. du 27 mai 2011, n° 123 p. 9140-42

Communication de la Commission au Parlement, L'ouverture des données publiques : un moteur pour l'innovation, la croissance et une gouvernance transparente, COM (2011) 882 final

CRS, Government Transparency: An Examination of its Use in the Executive Branch, November 14, 2012, R42817

Fidell (E.), « Transparency, 2009 », *Hastings Law Journal*, vol. 61 (2009), p. 457 et s.

Freedom of Information Act, Memorandum of January 21, 2009, Presidential Documents, Federal Register, vol. 74, n° 15, January 26, 2009, p. 4683-84

FOIA Fee Summit, 2011, <http://www.justice.gov/oip/docs/fee-summit.pdf>

Fung (A.), Weil (D.), Graham (M.), Fagotto (E.), *The Political Economy of Transparency: What Makes Disclosure Policies Effective?* December, 2004, Ash Institute for Democratic Governance and

Innovation, John F. Kennedy School of Government, Harvard University,
<http://www.innovations.harvard.edu/cache/documents/67/6784.pdf>

Klima (J.), “The E-Government Act: Promoting E-Quality or Exaggerating the Digital Divide?”, *Duke Law & Technology Review*, vol. 2 (2003), p. 1 et s.

Lobel (O.), “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, *Minnesota Law Review*, vol. 89 (2004), p. 342 et s.

Putting the Frontline First: Smarter Government (2009),
<http://www.hmg.gov.uk/frontlinefirst.aspx>. (visité le 4 mars 2013)

Isaac (Guy), *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 79, 1968.

OMB, Executive Office of the President, *Open Government Directive*, Memorandum to the Heads of Executive Departments and Agencies (December 8, 2009),
http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf

Removing the Shroud of Secrecy: Making Government More Transparent and Accountable – Parts I and II, Senate Hearings, March 23 and April 13, 2010, S. Hrg. 111-728,
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111shrg56893/content-detail.html>

Sarkozy (N.), 9 décembre 2011, <http://www.etalab.gouv.fr/article-nicolas-sarkozy-rappelle-que-la-transparence-est-un-choix-91862695.html>

Schauer (F.), « Transparency in Three Dimensions », *University of Illinois Law Review*, 2011, p. 1339 et s.

The Obama's Administration Commitment to Open Government: A Status Report, 2009,
http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf

Transparency and Open Government, Memorandum of January 21, 2009, Presidential Documents, *Federal Register*, vol. 74, n° 15, January 26, 2009, p. 4685-86

Welch (E. W.), Hinnant (C. C.) and Moon (M. J.), “Linking Citizen Satisfaction with E-Government and Trust in Government”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 15 (2005), p. 371 et s.

Zoller (É.), « La Justice comme contre-pouvoir : Regards croisés sur les pratiques américaine et française », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 3, pp. 559 et s.

Zoller (É.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Collection « Grands arrêts », Dalloz, 2010.

Jurisprudence:

John Doe I et al. v. Reed, 561 U.S. 1_(2010), 130 S. Ct. 2811

Milner v. Department of the Navy, 562 U.S. 2_ (2011), 131 S. Ct. 1259

Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)

Smith v. Doe I, et al., 538 U.S. 84 (2003)