

UNIDEM, Rabat le 4avril 2016

Gouvernement ouvert : principes et mise en œuvre

Jacqueline de Guillenchmidt, ancien membre du Conseil Constitutionnel français

Le concept de « gouvernement ouvert » est relativement récent. Mais il a très vite rencontré une large adhésion et une consécration internationale par le lancement, en 2011, de la « plateforme pour un gouvernement ouvert » (PGO ou OGP en anglais). Cette plateforme comportait huit Etats à son origine : les USA, le Royaume Uni, le Brésil, le Mexique, la Norvège, les Philippines, l'Afrique du Sud. Elle en comporte aujourd'hui 65. Ces 65 Etats sont de dimension géographique variée, de niveau de développement non homogène et issus de tous les continents. La France l'a rejoint en 2014 et a été élue à son comité directeur. Le Maroc est tout près d'y adhérer ainsi que le laisse entendre une récente étude de l'OCDE. Pour faire partie de la plateforme il faut remplir un certain nombre de points affectés à divers domaines tels la participation civique, l'accès à l'information ou la transparence budgétaire.

Le terme de « gouvernement » dans le concept de « gouvernement ouvert » ne doit pas être pris dans un sens institutionnel étroit de titulaire du pouvoir exécutif mais dans celui plus large de l'ensemble de tous ceux qui collaborent à l'exercice des pouvoirs publics, notamment les membres de la haute fonction publique.

Pourquoi l'adjectif « ouvert » ? Cet adjectif s'oppose évidemment à « fermé » : l'exercice des responsabilités publiques doit s'exercer sous le regard des citoyens et avec leur participation.

Ainsi les Etats membres de la plateforme s'attachent-ils à promouvoir la transparence de l'action publique et l'intégrité des gouvernants, ainsi que l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), en particulier d'Internet, pour faciliter cette ouverture.

L'essor de ces nouvelles technologies est, en effet, très lié à la naissance et au développement du concept de gouvernement ouvert. Puisque l'on peut communiquer en temps réel avec quiconque, même situé à l'autre bout du monde, que l'on peut faire connaître en temps réel à d'innombrables personnes par le biais des réseaux sociaux jusqu'à l'évènement le plus anodin de son existence, pourquoi une telle technologie ne permettrait-elle pas de faire connaître à un très large public les modalités de l'action publique ainsi que les raisons des choix opérés, de

vérifier plus efficacement que les détenteurs de l'autorité publique, élus ou non, méritent, par leur probité et leur compétence, la confiance des citoyens ?

Le gouvernement ouvert apparaît ainsi comme un approfondissement de la démocratie représentative qu'il tend à vivifier. Dans celle-ci les citoyens, comme chacun sait, délèguent à des personnes qu'ils élisent librement le soin de s'occuper des affaires publiques. C'est par ce système, né, notamment en Angleterre au XVIIIème siècle et aussi lors de la Révolution française, que sont gouvernées la grande majorité des Etats qui peuvent être qualifiés de démocratiques : la souveraineté nationale y appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et, dans les régimes dits de démocratie semi directe, également par le référendum.

Le système représentatif repose sur la confiance des citoyens dans leurs élus et leurs gouvernants. Force est de constater, toutefois, que ce lien de confiance est parfois altéré par l'opacité de la prise de décision ou encore par la fraude électorale ou la corruption. C'est à partir de ces déviations et pour les corriger qu'est né le concept de « gouvernement ouvert ».

Il s'inscrit naturellement dans un cadre constitutionnel précis. Il appartient à la Constitution de fixer la nature du régime politique, les prérogatives de chaque pouvoir et leurs relations entre eux. Ces trois pouvoirs ou autorités, depuis Montesquieu et John Locke, s'ils sont « séparés », entretiennent d'étroites relations : c'est à la loi fondamentale de les fixer ainsi que les règles de désignation de leurs titulaires.

Le pouvoir exécutif comporte, comme chacun sait, deux branches : le chef de l'Etat et le chef du gouvernement proprement dit. Les pouvoirs de l'un et de l'autre doivent être déterminés de façon claire par la Constitution qui qualifie ainsi la nature politique du régime : présidentiel, semi-présidentiel ou parlementaire. Le chef de l'Etat, élu au suffrage universel ou par un corps électoral plus restreint, peut aussi être un monarque : un gouvernement démocratique ouvert s'accommode parfaitement, comme on le sait, de la monarchie héréditaire. Des démocraties sont des monarchies, UK, Pays-Bas, les Etats scandinaves, l'Espagne et plus près de vous le Maroc ou la Jordanie.

La deuxième branche, le gouvernement, peut procéder du chef de l'Etat, président ou monarque. Mais ce choix peut être théorique lorsque la constitution ou l'usage, rend obligatoire le choix du chef de gouvernement dans les rangs du parti ou de la coalition qui a gagné les élections.

C'est le cas au Royaume Uni. L'article 47 de la constitution du Maroc, dispose aussi que le roi « s'oblige à choisir le premier ministre au sein du parti politique arrivé en tête des élections des membres de la chambre des représentants et au vu de leurs résultats »

Enfin le pouvoir ou l'autorité judiciaire, c'est selon, doit voir son indépendance garantie dans la Constitution : principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, existence d'une autorité ou d'un conseil indépendant chargé de leur nomination et de leur discipline.

Dans un « gouvernement ouvert », le choix des détenteurs de l'autorité publique doit être transparent, ces détenteurs doivent être irréprochables, leur action pouvoir être discutée et comprise par les citoyens. Enfin le droit de regard des citoyens sur la capacité gouvernants à exercer des responsabilités publiques doit être réel. Un « gouvernement ouvert » suppose bien entendu aussi une presse libre et indépendante du pouvoir politique qui soit en mesure de rendre compte en toute impartialité de l'action publique, même si cette indépendance doit être contrebalancée par un système de régulation indépendant des pouvoirs publics.

1 – Le choix des détenteurs de l'autorité publique

1.1 Le choix des titulaires des fonctions électives

L'élection doit concerner essentiellement les titulaires des fonctions politiques de haut niveau. Mais elle intéresse aussi, au niveau local le choix des responsables.

Les règles électorales doivent être connues à l'avance et ne pas être modifiées dans un temps trop proche de la date du scrutin, évalué généralement à une année. Elles doivent laisser une place équitable aux minorités, assurer une représentation équilibrée des deux sexes.

1.1.2. Le choix des titulaires de la haute fonction publique

La désignation des titulaires des plus hauts postes des administrations centrales, directeurs des ministères par exemple, sont, même dans un « gouvernement ouvert » l'apanage de l'exécutif : ils sont en quelque sorte le bras armé du pouvoir, ceux qui vont lui permettre de mettre en œuvre sa politique. La règle habituelle est que, pour ces hautes fonctions d'encadrement de la fonction publique, l'exécutif dispose d'un droit discrétionnaire. La nomination a lieu habituellement en conseil des ministres et elle est bien sûr publiée dans un bulletin officiel, accessible aisément par tous.

IL demeure que pour **l'entrée dans la fonction publique**, le moyen de recrutement le plus démocratique et le plus égalitaire reste le concours, anonyme dans les épreuves écrites. Les membres des jurys sont connus du public et il est souhaitable qu'ils reflètent une représentation équitable des deux sexes.

La question est plus délicate pour les postes autres, tels les directions des établissements publics les plus importants ou les membres et présidents des autorités indépendantes, institutions auxquelles l'Etat a délégué des responsabilités de régulation dans un secteur déterminé, par exemple l'autorité chargée de la concurrence ou de l'audiovisuel. Ces postes sont stratégiques. Ils suscitent toujours beaucoup de convoitise en raison de leur intérêt et des avantages qui leur sont généralement assortis. La transparence des choix doit être assurée pour éviter que ces postes soient indument attribués à des amis politiques. Elle peut l'être par un système d'audition publique des candidats, tel que le pratique à une large échelle les Etats-Unis.

En France par la révision constitutionnelle de 2008, l'article 13 de la Constitution prévoit que désormais pour « les emplois ou fonctions pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et des libertés ou la vie économique et sociale de la nation, le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission compétente de chaque assemblée ». Ces auditions sont retransmises sur les chaînes de télévision parlementaires gratuites : chacun peut en connaître le contenu. Les personnes ainsi auditionnées ne doivent pas avoir recueilli plus de deux tiers de votes négatifs pour que leur nomination devienne effective. Ceci permet de vérifier que le choix de l'autorité de nomination se porte sur une personne ayant les qualités de compétence et d'honnêteté requises. Ces auditions ont lieu sous l'œil des médias qui ne manqueront pas le cas échéant de relever l'inadéquation de la personne pressentie au poste à pourvoir.

1-2 Assurer la probité des responsables publics, élus ou non

Ce point est crucial. Les élus comme l'ensemble des agents publics doivent consacrer leur activité à la poursuite de l'intérêt général. Ils ne doivent, en aucun cas, être soupçonnés d'agir à d'autres fins. Il convient, donc, d'éviter tout risque de conflits d'intérêt qui sapent la confiance des citoyens dans leurs dirigeants.

Il existe de nombreuses définitions des termes « conflit d'intérêt », internationales comme celle de Conseil de l'Europe ou de l'OCDE, ou nationale. Toutes intègrent la même idée qu'un conflit d'intérêt naît d'une situation dans laquelle un agent public ou un élu possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif des fonctions. Notons que l'intérêt en cause peut n'être qu'apparent. En ce cas, il est nécessaire de lever les doutes et de vérifier que la situation privée de l'élu ou de l'agent n'est pas incompatible avec ses fonctions officielles. Le gouvernement ouvert exige que les citoyens aient la possibilité de faire vérifier l'absence de conflit d'intérêt. Il est donc nécessaire que soit prévue une autorité indépendante en charge de ces vérifications.

Une question connexe mais clairement très importante, est celle **du financement de la vie politique du pays.**

Un encadrement législatif est bien entendu indispensable : qui peut financer les partis politiques et les candidats, jusqu'à quels montants, qui vérifie la bonne application de la loi ? Si une interdiction totale des financements privés est instituée, il sera alors nécessaire de prévoir un financement public suffisant. Toutefois, un financement mixte peut se trouver tout à fait compatible avec les exigences du « gouvernement ouvert » et c'est ce qui est le plus fréquemment pratiqué. Une aide de l'Etat vient compléter les sommes venant des cotisations aux partis ou les dons, plafonnés, des sympathisants. La France a fait le choix d'exclure totalement les dons de personnes morales, pour éviter toute collusion entre entreprises privées et responsables politiques.

Mais quel que soit le système choisi, la question essentielle est qu'un contrôle extérieur soit institué, par une commission spécialisée. Il est indispensable que celle-ci dispose d'un large pouvoir de vérification et d'investigation ce qui exige des moyens importants : l'allocation de ces moyens par le pouvoir politique est le signe de la réalité de leur engagement à lutter contre les financements occultes de la vie politique. Cette commission doit, bien sûr, être habilitée à saisir l'autorité judiciaire en cas de découverte d'infractions à la législation sur les financements de la vie politique.

En France, le mouvement vers une plus grande transparence financière a été amorcée au début des années 90 et la dernière loi votée est celle du 11 octobre 2013 : on le voit, c'est un long

parcours, chaque nouvelle modification législative étant le plus souvent dictée par la survenance d'un scandale !

Un outil indispensable est d'obliger les personnes publiques à faire auprès d'une autorité indépendante des déclarations de patrimoine et d'intérêt.

1.2.1 L'obligation de déclarations de patrimoine et d'intérêt

Dans un « gouvernement ouvert », des déclarations de patrimoine ou d'intérêt sont le plus souvent exigées des titulaires des membres du gouvernement, des élus comme des titulaires des plus hauts postes administratifs. Cette exigence s'est progressivement étendue. Par exemple, la loi sur la transparence de la vie politique du 13 juillet 2013 exige en France, une déclaration de patrimoine et une déclaration d'intérêts d'environ 18 000 responsables publics !

Parmi les personnes sujettes à cette obligation figurent bien sûr les ministres et parlementaires mais aussi leurs collaborateurs ou les membres des autorités administratives indépendantes.

Ce système est rendu plus fluide grâce à l'informatisation : déclarations et échanges avec l'autorité de contrôle sont possibles en ligne. Enfin il faut souligner que pour que les déclarations de patrimoine soient pleinement utiles, l'autorité de contrôle doit pouvoir échanger des informations avec l'administration fiscale à laquelle les déclarations de patrimoine sont automatiquement transmises.

La question de la publicité de ces déclarations est délicate. Il est nécessaire de trouver un équilibre entre le respect de la vie privée et un souci de transparence conforme à l'intérêt général.

Ces déclarations sont surtout utiles en cas de scandale ou de soupçons sur la probité d'un dirigeant. On peut penser qu'elles devraient permettre d'éviter des faits du type de l'affaire Cahuzac dans lequel un ministre du budget qui avait fait de la lutte contre la fraude fiscale sa priorité, a avoué après qu'un site d'information l'ait révélé, avoir omis de sa déclaration fiscale des avoirs placés à l'étranger. C'est d'ailleurs cette affaire qui a été à l'origine du renforcement de la législation française en la matière.

La déclaration d'intérêt est sans doute plus significative que la déclaration de patrimoine qui a pour principal objet de détecter des enrichissements illicites au moment de l'élection ou de la prise de fonctions et à la fin du mandat ou des fonctions.

La déclaration d'intérêt tend à rendre publics les liens des titulaires des hautes fonctions exécutives ou des élus avec les entreprises, ou avec tout autre intérêt privé. Par exemple, il n'est pas inutile de savoir que tel parlementaire ou tel membre d'une autorité indépendante est actionnaire de référence de telle importante société.

2 – la transparence des choix politiques

Il s'agit ici de permettre aux citoyens d'être informés de l'action publique. Il y a toujours à l'évidence une part d'ombre dans les choix politiques. Le secret est parfois nécessaire au regard des intérêts stratégiques du pays, notamment au regard de ses intérêts économiques et sociaux majeurs sans parler des exigences de la sécurité de la Nation et de la défense nationale.

En dehors de ces hypothèses, le « gouvernement ouvert » doit prévoir des mécanismes d'information du citoyen sur son action.

2-1 Le contrôle juridictionnel de l'action publique

Le contrôle politique s'exerce périodiquement par le jeu des élections. Mais encore faut-il que la sincérité du scrutin puisse elle-même être vérifiée. Ainsi, un contrôle juridictionnel de toutes les élections doit être ouvert aux électeurs concernés par l'élection, tant au niveau national que local. La procédure doit être simple et gratuite, le jugement rendu dans des délais raisonnables.

Le « gouvernement ouvert » implique aussi un contrôle juridictionnel de l'action au quotidien des pouvoirs publics.

Il doit être possible à tous les niveaux et dans tous les domaines:

- Contrôle des actes administratifs par la voie **du recours en excès de pouvoir** largement ouvert à tous ceux qui y ont intérêt, devant une juridiction spécialisée
- **Contrôle de la conformité de la loi à la Constitution** non seulement ex ante, avant son vote mais aussi et peut-être surtout après son adoption par le Parlement. La question préjudicielle de constitutionnalité, notre QPC, permet de vérifier la conformité à la Constitution d'une loi telle qu'elle est conçue et appliquée.

Là aussi, pour être efficaces, ces contrôles exercés par les citoyens doivent être gratuits et les règles de procédure demeurer simples.

Ces recours s'ils ne concernent pas l'ensemble de l'action publique ont vocation à être étendus. Un exemple, en France, de cette extension est celle du contrôle des techniques de renseignement. C'est un domaine où le secret est la condition de l'efficacité et où l'on se heurte très vite au secret de la défense nationale. Néanmoins, sous l'impulsion du Conseil de l'Europe, la France a été conduite à mettre en place un système de contrôle.

La loi du 24 juillet 2015 (c'est très récent !) a institué un contrôle juridictionnel de la mise en œuvre administrative des techniques de renseignement (les techniques mises en œuvre judiciairement ne sont pas concernées car elles sont placées sous le contrôle du juge). Ces techniques sont connues de tous les Etats et vont de l'interception de sécurité (« les écoutes ») à la pose de « balise » ou au « recueil de données informatiques ».

Une commission de contrôle des techniques de renseignement, c'est son nom, a été instituée, en autorité indépendante, composée de quatre magistrats (deux d'entre eux issus du Conseil d'Etat et les deux autres de la Cour de cassation) et de quatre parlementaires. Elle donne son avis au Premier ministre avant qu'il autorise les services de renseignement à recourir à l'une des techniques prévues par la loi. Lorsque le premier ministre ne suit pas l'avis de la commission, celle-ci peut saisir le Conseil d'Etat qui tranche. Le sens, et seulement le sens, de la décision du Conseil d'Etat est rendue publique, sous réserve bien sûr du secret de la défense nationale. Chaque année dans son rapport annuel, la commission indiquera le nombre d'avis qu'elle a rendu par technique concernée. Le président de cette commission a été avant sa nomination entendu par les chambres compétentes des deux assemblées parlementaires.

2.2. L'accès aux documents administratifs

L'organisation de l'accès aux documents administratifs est nécessaire afin que les citoyens qui le souhaitent, puissent connaître les raisons d'une décision administrative.

En France la loi du 17 juillet 1978 prévoit que, sont communicables à qui en fait la demande les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers,

rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. En cas de refus une commission d'accès aux documents administratifs examine le bienfondé de la demande et se prononce sur le caractère communicable ou non du document. Par ses avis et ses conseils, qui sont largement suivis par l'administration, elle veille à la transparence de l'action administrative et fait connaître son interprétation des textes applicables. Chaque année environ 5000 documents sont ainsi communiqués.

Dans le même ordre d'idée, les consultations obligatoires préalables au dépôt d'un projet de loi ou de décret doivent être rendues publiques. Il s'agit par exemple de la consultation des organisations professionnelles ou syndicales ou encore de l'avis du Conseil d'Etat. Depuis juillet 2015, cet avis est maintenant rendu public.

Dans le même ordre d'idée, il est de l'essence des « gouvernements ouverts » qu'une étude d'impact de toute réforme envisagée soit établie et rendue publique. Cette approche permet d'apporter une démonstration de la nécessité d'un nouveau texte et de la proportionnalité de la réponse juridique envisagée, en vue d'assurer un bon équilibre entre les objectifs d'intérêt général qui inspirent la réforme et la prise en compte des différents intérêts particuliers en présence. Elles concourent à améliorer l'information du public en permettant à chacun de prendre connaissance des éléments qui ont déterminé les choix du Gouvernement et de l'impact des mesures proposées dans les champs qui peuvent le concerner.

3. La Participation des citoyens à la détermination de l'action des gouvernants

3.1 Le référendum, un moyen traditionnel

Certes la participation des citoyens aux affaires de la cité est prévue dans de très nombreuses constitutions par la voie du référendum, élément de démocratie directe. L'exemple le plus classique est celui de la Suisse où le recours à la « votation » peut concerner tous les sujets et notamment tous les sujets de société. Il suffit de l'initiative de 50 000 citoyens. Mais ce qui est possible dans un pays de petite dimension n'est pas aisément transposable dans un pays plus vaste et plus peuplé.

Par le référendum, le peuple est invité à se prononcer directement sur un texte de loi constitutionnelle ou non. Il peut aussi mais plus rarement se voir accorder l'initiative du référendum par une pétition signée par un nombre significatif de citoyens : 500 000 par exemple

en Italie. En France la révision constitutionnelle de 2008 accorde l'initiative du référendum à un cinquième des parlementaires soutenus par un dixième des électeurs inscrits.

Il est conforme à la philosophie du « gouvernement ouvert » qu'un recours au référendum soit constitutionnellement prévu pour les questions importantes qui concerne l'avenir du pays et celui des citoyens, tel l'article 50 de la Constitution tunisienne. D'autres constitutions ne le prévoient que pour les révisions constitutionnelles, c'est le cas de la constitution marocaine

Le recours au référendum, cependant, s'avère dans la pratique d'un maniement délicat. L'information préalable des citoyens n'est pas toujours adéquate et la question posée doit l'être en des termes compréhensibles par le citoyen moyen. Sur le plan politique, le recours au référendum se transforme bien souvent en un vote pour ou contre le gouvernement en place. C'est une initiative politiquement risquée, ce qui explique que les référendums soient, dans la pratique, relativement rares.

3.2 Les nouvelles frontières permises par l'économie numérique.

3.2.1. Le « dialogue numérique »

La généralisation progressive d'internet a considérablement accru les moyens dont peuvent disposer les pouvoirs publics pour informer et faire participer les citoyens à leur action, pour le plus grand bien de la vie démocratique. C'est un critère important du « gouvernement ouvert » et le plus novateur. Il n'est pas aujourd'hui une administration nationale ou locale qui n'ait son propre site, librement et gratuitement consultable. Bien sûr ces sites sont plus ou moins bien alimentés et actualisés avec une place plus ou moins grande faite au dialogue avec les internautes, les appels à leurs commentaires. Mais ils sont aujourd'hui le moyen privilégié de dialogue avec les citoyens.

3.2.2 L'ouverture des données publiques : les open data

La politique d'ouverture des données publiques, les open data, est récente. Elle transformera durablement les rapports entre les pouvoirs publics et les citoyens. Ce que l'on entend par donnée ouverte c'est une donnée numérique d'origine publique ou privée produite par une collectivité dans le cadre de l'exploitation d'un service public. Sa diffusion est assurée selon une méthode et une licence ouverte garantissant son libre accès et sa réutilisation par tous.

Dans le cadre d'un « gouvernement ouvert », l'Etat et les collectivités territoriales consentent au partage de leurs données : elles en acceptent la réutilisation et la reproduction par tous les citoyens. Une politique d'open data implique des rapports différents entre l'Etat et la société, ces rapports traditionnellement purement verticaux tendent à devenir horizontaux. C'est une logique d'offre d'information et non plus seulement une logique de demande d'information. Les services publics deviennent ainsi accessibles à tout moment et à tous les citoyens qui peuvent facilement faire connaître leurs observations sur la qualité du service, amorçant par là même un dialogue avec l'administration.

Il est nécessaire que les gouvernements prennent eux-mêmes en main l'ouverture des données publiques. Ce peut être par la création d'un service spécialement dédié à cette question, rattaché directement au premier ministre. Il va de soi que ce service doit avoir un site faisant régulièrement connaître l'état d'avancement de cette ouverture (en France ETALAB).

Conclusion

La mise en œuvre des caractéristiques du « gouvernement ouvert » constitue une nouvelle étape de la démocratie. Elle contribue à favoriser la confiance des gouvernés envers leurs gouvernants et en cela, elle est un gage de paix sociale et de progrès.

Toutefois pour qu'un gouvernement « ouvert » soit possible, il est nécessaire que l'accent soit mis sur l'éducation des citoyens et leur accès à internet. C'est un préalable nécessaire mais rien n'empêche les Etats où l'équipement informatique n'est pas optimum de se concentrer sur les autres composantes du gouvernement ouvert, celles qui ne passent pas par le réseau internet, afin d'habituer les citoyens à chercher à s'informer et à participer à l'exercice de l'action publique.

En ces matières de réforme administrative et politique, vous me permettrez de me référer à Jean Monnet, l'un des pères de l'Europe Unie : « si rien n'est possible sans les hommes, rien n'est durable sans les institutions. »