

PUBLICATION ET LIBRE DIFFUSION  
DE LA RÈGLE DE DROIT :  
ENJEUX ET PROBLÉMATIQUES COMPARÉS  
EN FRANCE ET AU ROYAUME-UNI\*

par **Emmanuel CARTIER**

*Maître de conférences à l'Université de Dijon*

---

\* Cette étude constitue en partie le prolongement de recherches ayant fait l'objet d'un article sur la question plus large de l'accessibilité de la règle de droit en France, voir E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA*, 30 mai 2005, p. 102-111.

Nous tenons à remercier d'une part Christian BEHRENDT, docteur en droit et assistant à la faculté de droit de Liège, pour nous avoir éclairé sur la question de la dématérialisation du *Moniteur Belge* de 2004, d'autre part, Stéphane COTTIN, chef de services du Greffe et de l'Informatique au Conseil constitutionnel, pour ses éclairages sur la dématérialisation des données juridiques en France ainsi que Mme Thérèse CALLUS, docteur en droit de l'université de Reading pour sa lecture critique de notre présentation du système anglo-saxon.

## SOMMAIRE

- I. – LA LENTE RECONNAISSANCE DE LA NÉCESSITÉ D’UNE LIBRE DIFFUSION DE LA RÈGLE DE DROIT AU ROYAUME-UNI**
- A. – L’absence de mécanisme formel de publication justifié par la conception anglaise de la règle de droit**
  - B. – La mise en œuvre progressive de mécanismes de diffusion de la règle de droit accélérée par les TIC**
- II. – D’UNE OBLIGATION DE PUBLICITÉ À UNE OBLIGATION DE DIFFUSION DE LA RÈGLE DE DROIT EN FRANCE**
- A. – Une obligation de publicité justifiée par la conception française de la règle de droit**
    - 1. – Un héritage de l’Ancien Régime consacré par la Révolution française**
    - 2. – Le régime du décret-loi du 5 novembre 1870**
  - B. – Une obligation de diffusion par voie électronique constitutive d’un service public « par nature » à concilier avec le principe d’égalité**
    - 1. – La complémentarité de la diffusion et de l’accès aux données juridiques**
    - 2. – Le précédent du Moniteur belge : l’arrêt de la Cour d’arbitrage du 16 juin 2004**
    - 3. – Le choix d’un mode de gestion publique adapté à la mission de diffusion des données juridiques « essentielles »**

**L**a communicabilité de la règle de droit est, dans les pays de tradition romano-germaniste, une condition de son opposabilité aux administrés et aux justiciables. La place de l’écrit et le rôle conféré à la loi depuis la Révolution française permettent en effet une large diffusion du droit voire parfois son exportation pure et simple ainsi que l’illustre le destin exceptionnel du Code civil napoléonien à l’étranger<sup>1</sup>. La diffusion par voie de publicité légale des textes législatifs qui est censée permettre leur connaissance par les citoyens remplit une fonction qui garantit l’égalité devant le droit en vigueur, identifié à la loi, « *expression de la volonté générale* » (article 6 de la DDHC de 1789). Considérée comme la garantie suprême contre l’arbitraire, la loi doit non seulement assurer l’égalité entre les citoyens en étant « la même pour tous », mais aussi organiser et concilier les droits et libertés proclamés par les articles 4 à 11 de la DDHC. Aussi, très tôt, des mécanismes de diffusion publique du droit, associant publicité<sup>2</sup> et consignation des textes, ont-ils été mis en œuvre sous la direction et la

<sup>1</sup> M. GRIMALDI, « L’exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 80 et s.

<sup>2</sup> Le terme *publicité* – « opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés » (G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, t.1, Paris, PUF 1992, p. 296) – rend compte des deux modalités d’entrée en vigueur des actes unilatéraux, la publication et l’affichage.

responsabilité des pouvoirs publics. L'activité de diffusion des textes juridiques apparaît ainsi dès l'origine dans les pays de tradition romano-germaniste comme un prolongement normal de l'activité de production normative des pouvoirs publics.

Le renforcement du caractère écrit du droit, auquel contribue le processus d'intégration européenne, ainsi que l'émergence progressive d'un principe de sécurité juridique<sup>3</sup>, ont amené la plupart des pays européens, y compris le Royaume-Uni pourtant très attaché à son système de *common law*<sup>4</sup>, à mettre en œuvre des mécanismes de diffusion libre du droit, c'est-à-dire à la fois universelle et gratuite ou moyennant un coût modique, facilitée par l'émergence des technologies de l'information et de la communication (TIC). En effet, la numérisation des données et le développement de modes de communication structurés en réseaux permettent aujourd'hui une diffusion exhaustive et instantanée de l'information juridique – ou données juridiques – sur l'ensemble des territoires et offrent la possibilité, à terme, d'économies substantielles pour l'administration. Ces progrès ont engendré un mouvement conséquent de diffusion des données juridiques nationales<sup>5</sup>, communautaires, voire internationales,<sup>6</sup> qui alimente une réflexion sur l'existence d'un véritable droit subjectif à l'accès au droit et à sa diffusion par les pouvoirs publics en même temps qu'elle contribue à rapprocher le citoyen des centres décisionnels nationaux et locaux<sup>7</sup>. L'exercice de cette fonction de l'État législateur, intégrée depuis longtemps par les pays de tradition romano-germaniste, est la condition nécessaire à l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, à commencer par le principe d'égalité. Elle garantit pour le citoyen ce « droit au droit » dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler l'importance depuis sa décision du 21 décembre 1999<sup>8</sup>.

Cette conception de la relation entre la règle de droit et ses destinataires ne se retrouve pas au Royaume-Uni où la *common law* et la tradition du secret en matière administrative ont pendant longtemps constitué un frein à l'affirmation d'un

<sup>3</sup> B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un produit d'importation dorénavant "made in France" », *Dalloz*, 2000, p. VII.

<sup>4</sup> Terme utilisé dans son sens large pour le droit non écrit, par opposition à la loi écrite. L'expression doit cependant être nuancée car les systèmes de *common law* comportent bien un support matériel écrit dans les décisions de justice.

<sup>5</sup> Par données juridiques nationales nous entendons l'ensemble des normes juridiques produites par les autorités nationales, ayant fait l'objet d'un reformatage afin d'être communiquées sur un support déterminé, tel qu'Internet.

<sup>6</sup> Pour une vision globale de la question, voir les contributions de nombreux auteurs français et étrangers in Actes des journées *Internet pour le Droit*, Paris, novembre 2004, *Les Petites Affiches*, n° 194, 29 septembre 2005.

<sup>7</sup> G. NICOLAU, « Inaccessibilité du droit », *RRJ*, 1998, p. 15-49 ; J.-M. BRUGIÈRE, « Le débat de la diffusion des données publiques », in G. CHATILLON et B. DU MARAIS (dir.), *L'administration électronique au service du citoyen*, actes du colloque organisé à Paris par le Conseil d'État et l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, les 21 et 22 janvier 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 295-305.

<sup>8</sup> Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *JORF*, 22 décembre 1999, p. 19041 ; J.-E. SCHOETTL, « Codification par ordonnance », *AJDA*, 2000, p. 31.

véritable « droit au droit », avant la reconnaissance tardive par les pouvoirs publics de la nécessité d'assurer la libre diffusion de la règle de droit qui ne se traduit pas encore par une obligation juridique. Cette affirmation récente marque une évolution dans le système britannique où les exigences liées aux droits de l'homme s'expriment de plus en plus en termes de « droits à... » plutôt qu'en termes classiques de recours, notamment après l'introduction de la Convention européenne des droits de l'homme par le *Human Rights Act* en 1998 (I). En France, l'obligation de publicité des actes juridiques unilatéraux a eu comme prolongement l'émergence d'une obligation de libre diffusion de la règle de droit au profit des citoyens qui rejoint par ses préoccupations l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 421 DC du 16 décembre 1999 (II). Cette obligation s'accompagne d'une redéfinition des missions de l'État autour de l'activité de diffusion électronique des données juridiques, qualifiée de « *service public par nature* » par le Conseil d'État mais qui, par le caractère exclusif qu'elle pourrait revêtir, et faute de mesures d'accompagnement adéquates, est confrontée au principe d'égalité d'accès à la règle de droit. La dématérialisation du *Journal officiel de la République française (JORF)* opérée par l'ordonnance du 20 février 2004, intervenue après celle du *Moniteur Belge* fin 2002<sup>9</sup>, illustre ces problématiques de manière particulièrement intéressante<sup>10</sup>.

**I. – LA LENTE RECONNAISSANCE DE LA NÉCESSITÉ D'UNE LIBRE DIFFUSION DE LA RÈGLE DE DROIT AU ROYAUME-UNI**

**A. – L'absence de mécanisme formel de publication justifié par la conception anglaise de la règle de droit**

À la différence de la France, de la Belgique<sup>11</sup>, de l'Allemagne<sup>12</sup> ou des pays du sud de l'Europe<sup>13</sup>, le Royaume-Uni a une conception différente de la

<sup>9</sup> Nous tenons à remercier particulièrement Monsieur Christian BEHRENDT, docteur en droit et assistant à l'Université de Bruxelles, pour ses éclairages avisés sur le problème de la dématérialisation du *Moniteur* en Belgique.

<sup>10</sup> La dématérialisation peut concerner, soit le processus de transformation d'une pièce papier originale en une pièce numérique, soit la création originelle d'une pièce numérique. Le second procédé consiste, selon certains auteurs, à créer des pièces « *immatérielles* » et non dématérialisées comme pour le premier, cf. V. E. A. CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique », *LPA*, 1999, n° 164, p. 5-6.

<sup>11</sup> Dès son indépendance en 1830, la Belgique adopte un système de publication des lois identique à celui existant en France. L'entrée en vigueur des textes législatifs et réglementaires est aujourd'hui conditionnée par leur publication au *Moniteur Belge*.

<sup>12</sup> En Allemagne, l'entrée en vigueur des actes législatifs et réglementaires est conditionnée par leur publication au *Bundesgesetzblatt*.

<sup>13</sup> En Espagne, les lois et règlements nationaux sont publiées au *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, descendant de *La Gaceta de Madrid* (1697), tandis que les actes des communautés autonomes le sont dans leurs propres *BO*. L'article 2 du Code civil espagnol dispose que les lois n'entrent en vigueur, sauf disposition contraire, que vingt jours après leur publication au *BOE* Rattaché à l'origine au Ministère de la présidence, le *BOE* dispose, depuis le décret royal n° 1229 du 8 novembre 2001, d'un statut autonome. De même, l'article I-39 du traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit que les lois et lois-cadres européennes

communicabilité de la règle de droit, justifiée par le caractère en grande partie non écrit de son droit ainsi que par le rôle et la place du juge dans le système juridique. Alors que le juge français ou allemand se contente d'être le bras armé de la loi, le juge de *common law* a comme tâche d'assurer l'égalité des citoyens et d'organiser en les conciliant leurs droits et libertés contre l'arbitraire.

Le Royaume-Uni ne connaît donc pas, au sens strict du terme, de mécanisme de publicité préalable des lois (*statute law*) et du droit écrit en général. Les *Acts of Parliament* entrent en vigueur, sauf disposition contraire prévue par l'*Act*, un jour après leur signature par la Reine (*Royal Assent*). Toute loi adoptée fait néanmoins l'objet d'une publication par l'Imprimerie Royale (*Her Majesty's Stationary Office* - HMSO)<sup>14</sup> qui en permet l'acquisition pour une somme modique. Cependant, ladite « publication » qui intervient postérieurement n'a aucun effet de droit et ne sert qu'à la consignation des textes adoptés. Elle apparaît donc comme la conséquence de l'entrée en vigueur de la loi et non, à la différence des pays de droit écrit, comme l'acte matériel conditionnant son entrée en vigueur<sup>15</sup>.

Ce système présente l'inconvénient de permettre que certaines lois entrent en vigueur et soient donc opposables aux citoyens des jours, voire des semaines avant que leur contenu ne soit mis à leur disposition par le HMSO, conformément au principe partagé avec les pays de tradition romano-germaniste selon lequel « *Ignorance of the law is no excuse* ».

En dépit de la place nouvelle acquise dans la hiérarchie des sources du droit anglais par la loi et les règlements (*subordinate and delegated legislation*) depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale qui a abouti aujourd'hui à une véritable prolifération de textes tendant à diminuer la place du juge en tant que *law-maker*, la production législative continue à être considérée comme matériellement secondaire par rapport aux sources non écrites alors que formellement la loi prime

---

entreront en vigueur le vingtième jour suivant leur publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, sauf dispositions contraires.

<sup>14</sup> En 1882, le HMSO devient l'imprimeur officiel des deux chambres du Parlement. En 1889, la Reine Victoria lui accorde une lettre royale d'homologation en tant qu' « *Imprimeur de sa Majesté pour tous les Acts of Parliament* » et lui confie également la gestion des *Copyrights* de la Couronne. Le HMSO devient alors responsable de la publication de La *Gazette de Londres (The London Gazette)*, ancienne *Gazette d'Oxford*, dont la publication remonte à 1665. En plus de ces attributions propres à l'activité législative du Parlement, le HMSO est responsable de la publication des actes non législatifs du Gouvernement. Après une restructuration importante suite à la Première guerre mondiale, le HMSO diversifie ses activités de publication. Malgré sa privatisation en 1996, le HMSO continue à être rattaché au Cabinet en tant que support de la politique d'accès à l'information publique et de sa réutilisation, depuis l'adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Le HMSO conserve la responsabilité de la gestion des *Copyrights* de la Couronne ainsi que de la publication officielle de la législation et des *Gazettes* officielles. La diversification de ses missions d'information doit conduire à sa transformation en *Office of Public Sector Information* courant 2005.

<sup>15</sup> C. BEHRENDT, « La notion de "parliamentary sovereignty" en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2002, p. 221-289, en particulier p. 227.

sur le droit non écrit<sup>16</sup>. En effet, selon la doctrine classique, la loi a seulement pour objet d'apporter des correctifs et des additifs aux principes contenus dans le corps principal du droit anglais constitué par le droit jurisprudentiel (*case law*) et la *common law*<sup>17</sup>. Avant sa concrétisation par le juge qui en donne la signification, la loi est dénuée de portée normative propre. Par conséquent, pour le juriste anglais, il n'existe de règle de droit (*legal rule*) qu'au travers du processus de concrétisation opéré par le juge, seul habilité à résoudre les cas d'espèce<sup>18</sup>. Le principe de la *Stare decisis* (« *let the decisions stand* ») appliqué aux solutions ainsi dégagées, structure le système juridique autour de la règle du *Precedent* qui impose aux juges de suivre les règles posées par leurs prédécesseurs, dans la mesure du possible et sans préjudice d'un revirement de jurisprudence ou de la caducité du précédent par l'intervention d'une loi<sup>19</sup>.

L'accès au juge et aux formes d'action conditionne par conséquent l'existence formelle des droits et libertés pour le citoyen, ce que traduit l'adage « *remedies precede right* ». C'est ainsi que très tôt, la garantie judiciaire a été consacrée par le Royaume-Uni comme un des fondements de la société politique (Grande Charte de 1215, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689). Comme le notait DICEY dans *The Law of the Constitution*, les droits fondamentaux anglais ne sont donc pas le résultat de déclarations officielles formalisées par des textes de loi mais ont été consacrés progressivement par les décisions du juge, au cours d'affaires ordinaires<sup>20</sup>, contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'intitulé des grands textes<sup>21</sup>. Si la diffusion du droit implique la consignation des précédents les plus importants dans des recueils officiels (les *Law reports* dont le célèbre *All England Law Reports*) à destination des praticiens, elle n'implique pas non plus de mécanisme formel de publicité. Le droit dégagé par les décisions des juges participe à la logique de la *common law* dont la force obligatoire, conformément à la doctrine de Blackstone, ne repose pas sur le respect de règles formelles de production mais sur « *son usage ancien et immémorial et du fait qu'elle est uniformément acceptée dans l'ensemble du royaume* »<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> M. ZANDER, *The Law Making Process*, 6th ed., London, Cambridge University Press, 2004, p. 1 et s.

<sup>17</sup> Sur la question du rôle créateur ou non de droit du juge dans les systèmes de common law, v. notamment H.-L.-A. HART, *Le concept de droit*, trad. Michel VAN DE KERCHOVE avec la collaboration de Joëlle van DROOGHENBROECK et Raphaël CÉLIS, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 166-168.

<sup>18</sup> REID, « The Judge as Law Maker », *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1972, p. 22 et s.

<sup>19</sup> M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, p. 207 et s. et p. 298 et s.

<sup>20</sup> A.-V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, MacMillant Press, 1959, voir notamment, à propos du *Right of freedom of discussion*, p. 244 s.

<sup>21</sup> Comme le souligne Danièle FRISON, le *Bill of Rights* de 1689, en dépit de son nom, n'a pas pour finalité de garantir les libertés individuelles mais de régir l'exercice de la prérogative royale, de délimiter les rôles respectifs des trois pouvoirs (le Parlement, le roi et le juge) et de résoudre les problèmes de succession au trône, D. FRISON, *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris, Ellipse, 1993, p. 212.

<sup>22</sup> Cité par D. FRISON, *Droit anglais, institutions britanniques*, *op. cit.*, p. 48.

**B. – La mise en œuvre progressive de mécanismes de diffusion de la règle de droit accélérée par les TIC**

Le Gouvernement britannique n'a pas été enclin à tirer immédiatement toutes les conséquences de l'apport des TIC à la diffusion et à la consignation des documents publics en général et du droit en particulier. En effet, la tradition britannique a longtemps été celle du secret plus que celle de la transparence de l'action administrative et du libre accès à ses documents<sup>23</sup>. Cette situation de blocage était auparavant accentuée par l'existence de *copyrights* de la Couronne sur l'utilisation de l'ensemble des documents officiels dont la diffusion et la reproduction faisaient l'objet de l'attribution de licences spécifiques<sup>24</sup>. Face aux inconvénients liés à l'absence de mécanisme juridique permettant que les actes soient communiqués d'une manière ou d'une autre à tous leurs destinataires préalablement à leur entrée en vigueur, certaines propositions ont été émises par des praticiens et des hommes politiques.

En ce qui concerne le *statute law*, la Commission de la Société du Journal Officiel des débats parlementaires (*The Hansard Society*)<sup>25</sup> proposa dans un rapport rendu public en 1992 (*Making The Law*) que les lois n'entrent en vigueur qu'après leur publication. La Commission notait ainsi que : « *Aujourd'hui, l'accès des usagers et du public en général aux lois est lent, incommode, compliqué et sujet à de nombreux obstacles. Pour parler franc, il est souvent très difficile de déterminer ce qu'est le texte de loi – sans parler de sa signification. Il convient de faire quelque chose.* »<sup>26</sup> Cette proposition de réforme radicale fut malheureusement écartée.

Néanmoins, profitant des possibilités nouvelles offertes par les TIC, le ministère de la Justice s'engagea dans un processus de rationalisation de la diffusion et de la consignation des lois en vigueur, conscient de la nécessité de permettre un accès aussi large que possible au droit par les citoyens, ne serait-ce que pour la sécurité des transactions juridiques. Ainsi, depuis 1996, toutes les lois font-elles, peu de temps après leur entrée en vigueur, l'objet d'une diffusion gratuite sur le site Internet de l'Imprimerie Royale. Depuis 2002, ces deux modes de diffusion ont la même autorité tandis que leurs contenus sont soumis au régime désormais très allégé des *copyrights* de la Couronne (*The U.K. Copyright, Designs and Patents Act of 1988* et *General notice "The Crown and Parliamentary Copyright" of 1990, 1993, and 1996*). Les possibilités de communications gratuites via Internet sont cependant limitées à l'heure actuelle aux seuls textes postérieurs à 1988, les textes antérieurs ne pouvant être obtenus qu'en version papier auprès du site d'achat en ligne du HMSO, voire dans une bibliothèque.

<sup>23</sup> P. KINDER-GEST, *Droit anglais*, T. 1, *Institutions politiques et judiciaires*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1997, p. 115.

<sup>24</sup> D. STERLING, "Crown Copyright in the United Kingdom and other Commonwealth Countries", *Montreal conference on Crown Copyright in Cyberspace*, May 1995, <http://www.droit.umontreal.ca/crdp/en/equipres/technologie/conferences/dac/sterling/sterling.html>

<sup>25</sup> Du nom de son premier rédacteur, Monsieur HANSARD.

<sup>26</sup> *Making the law*, The Hansard Society, 1991, par. 452, p. 108. Pour une présentation du rapport, voir *The Statute Law Review*, n° 14, 1992, p. 11-22.

Ce mode de diffusion ne concernait au demeurant cependant que les textes bruts, sans leur consolidation éventuelle. Afin de pallier cet obstacle à l'accessibilité de la loi, le ministère de la Justice travailla dès 1991 sur un projet de base de donnée législative (*Statute Law Data Base* ou SLD) permettant dans un premier temps au Conseil du Parlement et aux différents ministères d'avoir accès à l'ensemble des lois en vigueur depuis 1991 ainsi qu'à leurs amendements. Dans un second temps, cet accès au SLD fut élargi aux praticiens ainsi qu'aux autres usagers du secteur privé, moyennant une redevance conséquente versée à une entreprise privée avec qui le ministère passa un contrat de concession<sup>27</sup>. Enfin, depuis janvier 2005, conscient de la nécessité de renforcer l'accessibilité de ces textes consolidés, le ministère de la Justice, sous l'influence de la Société du Journal Officiel des débats parlementaires, a rendu l'accès à SLD gratuit et ouvert à l'ensemble des justiciables<sup>28</sup>.

En dépit de cette évolution favorable à l'accessibilité du droit, l'inconvénient du système de la sanction royale demeure. En effet, au moment de son entrée en vigueur, la loi n'a pas encore été publiée et ne peut ni être acquise auprès du HMSO, ni être consultée en ligne, même si les projets de lois et leurs débats le sont. Ainsi, le Comité de réflexion sur la législation proposa-t-il que les lois soient mises à disposition en ligne avant d'être publiées par le HMSO et suggéra qu'elles n'entrent en vigueur que six semaines après la sanction royale. Le Bureau du Cabinet adopta cette proposition en soulignant son importance dans son *Guide to Legislative Procedure* paru en 2002 : « *Par principe, aucune loi ou partie d'une loi ne devrait entrer en vigueur avant l'écoulement d'un délai de deux mois après la sanction royale (...) Il est particulièrement important qu'un délai minimum soit observé en ce qui concerne les dispositions ayant une incidence directe sur les justiciables, les praticiens ainsi que les affaires pendantes devant le juge.* »<sup>29</sup>

La même évolution fut suivie par la *case law* qui, malgré sa place dans la hiérarchie des sources du droit anglais, ne pouvait pas, compte tenu de son importance quantitative, faire l'objet d'une diffusion publique exhaustive avant le développement des TIC. Entre 1537 et 1863, la consignation des décisions de justice (*cases*) les plus importantes était le fait de publications privées éparées (*Private – or named – Reports*) caractérisées par une fiabilité relative et un coût important. En 1865, dans le but de rationaliser et de fiabiliser la consignation du droit jurisprudentiel pour un coût modique, le Barreau britannique créa le Conseil de la Consignation du droit jurisprudentiel (*Incorporate Council of Law Reporting*). Le Conseil édita le *Law Reports* qui devint le recueil faisant autorité puis publia en 1954 un *Weekly Law Reports* de manière à permettre une consignation plus rapide des arrêts. Le *Law Reports* publie aujourd'hui annuellement environ 150 arrêts considérés comme les plus importants et devant être utilisés de préférence par rapport aux autres, selon des critères précis mais

---

<sup>27</sup> Secure Information Systems Ltd based in Fleet, Hampshire.

<sup>28</sup> M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>29</sup> Guide to Legislative Procedure, <http://www.cabinet-office.gov.uk>, par. 33.10.



contestables<sup>30</sup>, tandis que le *Weekly Law Report* en publie environ 350<sup>31</sup>. Ce système de consignation du droit jurisprudentiel avait néanmoins comme inconvénient d'exclure un certain nombre de décisions de justice pourtant dotées de la même autorité juridique (*Unreported cases*)<sup>32</sup>. L'apport des TIC à la consignation de l'ensemble de ces décisions « oubliées » a par conséquent été à l'origine de progrès notables en termes d'accès au droit, tels que la création, en 1999, à l'initiative de professeurs d'université, de la base de données gratuite BAILII (*British and Irish Legal Information Institute*), sans oublier la très exhaustive – mais dont l'accès est payant – base de données *Lexis-Nexis*. Cette évolution s'inscrit dans celle plus générale de la reconnaissance par le Royaume-Uni d'un véritable droit à l'information publique au profit du citoyen, impulsé par le Livre vert de la Commission de 1998<sup>33</sup> et consacré par l'adoption en 2000 du *Freedom of Information Act*. Ce droit à l'information, qui se traduit par la diffusion et la consignation des règles de droit selon des modalités permettant un accès facilité à chacun, sera renforcé par la transposition, avant le 1<sup>er</sup> juillet 2005, de la directive 2993/98/CE du 17 novembre 2003 *concernant la réutilisation des informations du secteur public et leur commercialisation*<sup>34</sup>.

Bien qu'ayant intégré la nécessité de porter à la connaissance des justiciables les composantes de son ordonnancement juridique au moyen de procédés de diffusion et de consignation des lois et des arrêts, et sous l'influence croissante des « droits à... » véhiculés par l'introduction de la DESDH dans l'ordre interne en novembre 2000, en vertu du *Human Rights Act* de 1998<sup>35</sup>, le Royaume-Uni reste

<sup>30</sup> La sélection est faite selon des critères rigoureux que précise la déclaration de l'éditeur du *Law Reports* : « Pour mériter de figurer dans le recueil, l'arrêt doit soit introduire un nouveau principe ou une nouvelle règle juridique, modifier matériellement un principe juridique existant ou fixer une question de droit douteuse. Figurent aussi parmi les arrêts éligibles les questions d'interprétation de la loi (Statutes) ainsi que les arrêts importants illustrant de nouvelles applications de principes déjà consacrés. Ainsi, un arrêt reposant sur ses seuls faits particuliers n'est-il pas consignable » (traduit par nous). VOIR N.-H. ANDREWS, « Reporting Case Law : Unreported Cases, the Definition of a Ratio and the Criteria for Reporting Decisions », *Legal Studies*, 1985, p. 205 et s.

<sup>31</sup> R.-C. WILLIAMS, « The Law Reports and Weekly Law Reports », Incorporated Council of Law, Reporting for England and Wales, in *Proceeding of the Second international Symposium on Official Law Reporting*, New-York, July 30, 2004, p. 14, <http://arjd.washlaw.edu/images/symposium04.pdf>.

<sup>32</sup> O. STONE, « Knowing the Law », *Modern Law Review*, 1961, p. 476 et s. ; F. A. R. BENNION, « Citation of unreported cases – a challenge », *New Law Journal*, 16 octobre 1998, p. 1520.

<sup>33</sup> Livre vert sur l'information émanant du secteur public dans la société de l'information, « L'information émanant du secteur public : une ressource clef pour l'Europe », [www.cordis.lu/econtent/publicsector/greenpaper.html](http://www.cordis.lu/econtent/publicsector/greenpaper.html).

<sup>34</sup> M. BATTISTI, « La réutilisation des données publiques : un enjeu majeur pour la société européenne de l'information », *Diffusion des données publiques*, Séminaire organisé par le groupe inter-associations à Paris le 19 novembre 2004, *Documentaliste-Sciences de l'information*, n° 6, 2004, p. 349-355.

<sup>35</sup> La section 3 de l'*Act* impose en effet à tous les tribunaux d'interpréter la législation passéee et future comme le soutien des droits promus dans la CESDH, voir sur ce point L. CLEMENTS, "The Human Rights Act – A New Equity or a New Opiate: Reinventing Justice or Repackaging State Control?", *Journal of Law And Society*, vol. 26, no. 1, March,

attaché à une conception de la règle de droit distincte de celle en vigueur dans les pays de tradition romano-germaniste et notamment de la France qui, bien avant la Révolution, connaît un système de publicité dont les révolutionnaires feront une condition de la garantie des droits et libertés fondamentaux des citoyens.

## II. – D'UNE OBLIGATION DE PUBLICITÉ À UNE OBLIGATION DE DIFFUSION DE LA RÈGLE DE DROIT EN FRANCE

Le préambule de la DDHC de 1789 précise : « *considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.* » Cet extrait consacre la nécessité de porter à la connaissance des citoyens les droits et libertés reconnus dans la déclaration afin d'en assurer l'effectivité, notamment par leur mise en œuvre dans la loi qui se voit ainsi assigner une fonction essentielle.

### A. – Une obligation de publicité justifiée par la conception anglaise de la règle de droit

Dans son Discours préliminaire au premier projet de Code civil, PORTALIS déclare que « *les lois ne peuvent obliger sans être connues* »<sup>36</sup>. Selon les « *maximes du droit public universel (...) il est essentiel que les citoyens puissent connaître les lois sous lesquelles ils vivent et auxquelles ils doivent obéir* »<sup>37</sup>. De manière générale, tout acte unilatéral, législatif, réglementaire ou simplement individuel, doit avoir été porté à la connaissance de ses destinataires par un procédé de publication, de notification et/ou d'affichage, c'est-à-dire par une « *mesure de communication* » matérielle<sup>38</sup>. Sans ce formalisme – qui peut être qualifié de substantiel – l'acte n'acquiert pas force exécutoire et ne peut être opposé à ses destinataires.

### 1. – Un héritage de l'Ancien Régime consacré par la Révolution française

La nécessité d'assurer à la fois la promulgation de l'acte – c'est-à-dire la certification de son authenticité – par la signature d'une autorité habilitée, et sa

1999, p. 71 ; S. GROSZ et al., *Human Rights. "The 1998 Act and The European Convention"*. Sweet & Maxwell Ltd., London, 2000.

<sup>36</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 1999, p. 26.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>38</sup> Expression empruntée à CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Mélanges Michel Stassinopoulos, Problèmes du droit public contemporain*, Paris-Athènes, LGDJ-RDP, coll. Loi et Justice, 1974, p. 201.

publicité, par divers procédés, est un héritage de l'Ancien Régime, conceptualisé et centralisé par la Révolution française. Sous l'Ancien Régime, les lois émanant de la volonté royale (édits, ordonnances, déclarations, lettres patentes) ne deviennent exécutoires que lorsqu'elles ont été enregistrées au parlement. Ce dernier peut alors en discuter tout ou partie, voire refuser de les enregistrer ou n'accepter l'enregistrement qu'en partie ou sous réserve de modifications par l'adresse de remontrances au roi. Les parlements sont chargés de publier les ordonnances dans les cours de justice sous la forme d'une lecture à l'audience puis d'un enregistrement. Le Procureur général envoie ensuite des copies aux bailliages ou sénéchaussées du ressort qui procèdent de la même manière. Dès lors, l'ordonnance est considérée comme connue et devient exécutoire pour tous les habitants du ressort<sup>39</sup>.

La Révolution française rationalise et centralise le procédé dans le souci d'assurer l'égalité effective des citoyens devant la loi dans l'ensemble du territoire ainsi que l'unité normative de l'État. La question des moyens de publicité de la loi occupe en effet une place centrale dans l'esprit des révolutionnaires, nul n'étant censé ignorer la loi, émanation directe de la nation par la fiction de la représentation. Dans un premier temps, les moyens de publicité de la loi visent par leur diversité et leur proximité à s'adresser au plus grand nombre, tout citoyen devant pouvoir prendre connaissance de l'acte fondamental dont l'une des fonctions est d'encadrer les droits et libertés reconnus par la Déclaration de 1789. La loi du 14 frimaire an II prescrit ainsi que les lois doivent être notifiées aux citoyens au moyen « *d'affiches* » et par des « *lectures à haute voix, faites en public* », en présence de la foule assemblée « *à son de trompe* » ou au « *roulement du tambour* ». La présomption de connaissance de la loi passe aussi par la consignation des textes législatifs dans des recueils accessibles dans chaque circonscription administrative. C'est dans ce but que la Convention institue le *Bulletin des lois* dont le premier numéro paraît en juin 1794, qu'une loi du 12 Vendémiaire an IV (4 octobre 1795) transforme en organe de publication tout en supprimant la publication par affichage et lectures publiques. Les lois sont rendues exécutoires dans chaque département le jour de la distribution du *Bulletin* au chef-lieu, consultable par tous, à condition bien entendu de savoir lire.

Le système établi par le Code civil marque curieusement une régression dans les modes de communication de la règle de droit, l'article 1er conditionnant son entrée en vigueur au seul écoulement d'un « délai raisonnable » après sa promulgation, qui varie selon la distance, et à l'issue duquel les particuliers sont présumés avoir été en mesure d'en prendre connaissance par notoriété publique ou au moyen des autres médias de l'époque. L'acte promulgué reste alors en grande partie ignoré du public, l'insertion au Bulletin des lois n'ayant plus de rôle en matière de mise en vigueur de la loi. A la Restauration, une ordonnance du 27 novembre 1816 rétablit la concomitance entre publication et entrée en vigueur de la loi en prenant comme date de promulgation leur insertion au Bulletin officiel qui assure par la même occasion leur publication.

---

<sup>39</sup> Voir A. ESMEIN, *Histoire du droit français*, 5<sup>e</sup> éd., 1903, p.521 et s.

## 2. – Le régime du décret-loi du 5 novembre 1870

Le régime de publicité de la loi reste inchangé jusqu'à la chute du second Empire où le Gouvernement de la défense nationale adopte le décret-loi du 5 novembre 1870 qui modifie l'article 1<sup>er</sup> du Code civil, tout en conservant la référence au roi et au royaume de France<sup>40</sup>, et constitue le système en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2004<sup>41</sup>. Le texte dispose : « Une loi nouvelle est exécutoire dans chaque arrondissement un jour franc après que le numéro du Journal officiel qui la contient est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. »<sup>42</sup> L'insertion au *JORF* – qui se substitue au *Bulletin des lois* – vaut publication<sup>43</sup>. Le décret, tout en substituant l'arrondissement au département comme unité territoriale de mise en vigueur de la loi, supprime les anciens délais de distance et prescrit aux préfets et sous-préfets de faire afficher les lois nouvelles « partout où besoin sera »<sup>44</sup>.

Si l'article 1<sup>er</sup> du décret confond la publication avec la promulgation des lois<sup>45</sup>, les deux opérations doivent être distinguées et le seront d'ailleurs par le juge. En effet, alors que la promulgation est une opération juridique conditionnant la validité de la loi revêtue de la formule exécutoire type, la publication est une opération matérielle qui, en portant à la connaissance du public le contenu du texte après sa promulgation, conditionne son opposabilité, c'est-à-dire son entrée en vigueur<sup>46</sup>. Un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 22 juin 1874 confirme cette distinction. Le Conseil d'État précisa dans un arrêt d'Assemblée du 8 février 1974, *Commune de Montory*, que si la promulgation rend la loi exécutoire, seule sa publication la rend opposable<sup>47</sup>, à l'exception de certaines lois dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'intervention de mesures d'application<sup>48</sup>. Dans un souci de cohérence et d'efficacité de l'action

<sup>40</sup> P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *Droit écrit*, n° 1, mars 2001.

<sup>41</sup> La suppression de cette référence au monarque et au royaume, officieusement rectifiée en italique par les éditeurs du Code civil sous la III<sup>e</sup> République, n'a été formellement consacrée par le législateur que le 20 février 2004.

<sup>42</sup> Décret du 5 novembre 1870 *relatif à la promulgation des lois et décrets*, *JO* du 6 novembre 1870, p. 1685.

<sup>43</sup> Une loi du 19 avril 1930 et le décret du 31 mars 1931 réalisent la substitution totale du *JORF* au *Bulletin des lois* – qui est supprimé – pour tous les autres actes dont l'insertion au *BL* est prévue par des textes législatifs ou réglementaires.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> L'article 1<sup>er</sup> dispose en effet que « dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *JORF*, lequel à cet égard remplacera le *Bulletin des lois* ».

<sup>46</sup> CH. EISENMANN, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *op. cit.*, p. 215-216. L'auteur démontre la vacuité de la théorie de la « signature » comme point de départ de l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux.

<sup>47</sup> CE *Ass.* 8 février 1974, *Commune de Montory, sieurs Espelette Athhape et autres et communes de Lanne, sieurs Uthurry, Bigue et autres, Rec.*, p. 93, concl. M. Rougevin-Baville. La même solution est adoptée par le Conseil d'État pour les décrets, voir CE 24 juin 2002, *Ministre de la Défense c. Wolny*, Req. n° 227983, *Rec.*, tables, p. 605. Défaut de publication au *Journal officiel* du décret du 27 novembre 1967 *portant statut spécial des fonctionnaires titulaires de la direction générale de la sécurité extérieure*. Nullité subséquente des actes négatifs intervenus sur son fondement.

<sup>48</sup> CE 12 juin 2002, *Caisse de décès – Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine*, Req. n° 240741, *Rec.*, tables, p. 607. Jurisprudence consacrée par l'ordonnance n° 2004-164 du

administrative, le Conseil d'État a étendu la présomption de connaissance de la loi du décret du 5 novembre 1870 à l'ensemble des actes réglementaires publiés au *JORF*<sup>49</sup>.

En ce qui concerne les actes administratifs ne faisant pas l'objet d'une publication au *JORF*, le Conseil d'État conditionne depuis longtemps leur opposabilité au caractère « *suffisant* » des mesures de publicité, le pouvoir d'appréciation de l'administration de ces mesures n'étant par conséquent pas illimité<sup>50</sup>. La règle doit cependant être nuancée en ce qui concerne les actes créateurs de droits qui, selon une jurisprudence constante, sont opposables à l'administration par leurs destinataires au jour de leur signature<sup>51</sup>. La publication des actes réglementaires a récemment été consacrée comme un principe général du droit par le Conseil d'État dans un arrêt *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale* du 20 décembre 2002<sup>52</sup>.

Quels que soient les modes d'entrée en vigueur des actes juridiques unilatéraux, la publicité – individuelle (pour la notification) ou collective (pour la publication et l'affichage), voire les deux modes pour les décrets individuels<sup>53</sup> – conditionne l'application de la règle de droit aux administrés et constitue ainsi une condition de son effectivité, distincte de ses conditions de validité. La publicité consiste donc en une opération matérielle d'exécution d'une norme, distincte de la manifestation formelle d'une volonté. Elle n'est donc pas un acte juridique, à la différence de la promulgation qui est un procédé de certification de la norme qui en fait l'objet, pour reprendre l'expression de Carré de Malberg. Le défaut de publicité n'entraîne donc pas l'inexistence ou la nullité de la norme concernée.

Le principe de la publicité des actes unilatéraux de puissance publique, propre aux pays de tradition romano-germaniste, et sans lequel la fonction même du droit – déterminer les comportements individuels ou collectifs dans une société donnée – serait remise en cause, comporte depuis les années soixante-dix un prolongement témoignant d'une redéfinition des rapports entre les organes producteurs de normes et leurs destinataires : l'accès au droit par les administrés. Celui-ci fait l'objet grâce au formidable outil de diffusion que constituent les TIC, d'une activité qualifiée par le Conseil d'État de service public « *par nature* » dont la fonction principale est de garantir l'exercice des droits et libertés des administrés. La soumission de cette activité au principe d'égalité doit être d'autant plus absolue qu'elle conditionne l'effectivité de ses objectifs.

---

20 février 2004, *op. cit.*

<sup>49</sup> CE *Sect.*, 19 juin 1959, *Cazes, Rec.*, p. 372 ; *D.* 1959, p. 390, concl. Guy BRAIBANT.

<sup>50</sup> CE *Sect.*, 25 janvier 1974, *Sieur Jean et autres, Rec.*, p. 60.

<sup>51</sup> CE *Sect.*, 19 décembre 1952, *Delle Mattéi, Rec.*, p. 594 ; CE, 27 juillet 2001, *Ass. de droit allemand "Stiftung Jean Arp und Sophie Taeuber"*, *Rec.*, p. 397 ; B. SEILLER, « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, n° 27, 2004, p. 1463-1468.

<sup>52</sup> CE, 20 décembre 2002, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, n° 243430, *AJDA*, n° 8, 2004, note H. M.

<sup>53</sup> CE, *Sect.*, 28 janvier 1966, *Braeckmann, Rec.*, p. 67.

**B. – Une obligation de diffusion électronique constitutive d'un service public « par nature » à concilier avec le principe d'égalité**

Les moyens techniques garantissant l'accessibilité de la règle de droit participent dans leur mise en œuvre à une fonction politique et sociale d'information qui s'inscrit dans le prolongement du mouvement de transparence administrative né à la fin des années 1970, avec les lois du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, des 3 janvier et 11 juillet 1979 sur l'accès aux archives et la motivation des actes administratifs ainsi que le décret du 28 novembre 1983 sur l'opposabilité des circulaires et directives, mouvement qui rend compte de la transformation de « l'administré » en « citoyen » détenteur de droits subjectifs à l'égard de l'administration<sup>54</sup>.

**1. – La complémentarité de la diffusion et de l'accès aux données juridiques**

Comme le note Jean-Michel BRUGUIÈRE, l'accès à la production normative des pouvoirs publics, à la différence de sa diffusion, n'implique pas de véhiculer l'information juridique jusqu'à l'administré mais seulement de la rendre quérable. Elle suppose donc une volonté d'accéder aux données de la part de l'administré ainsi qu'une réponse propre à satisfaire cette volonté de la part de l'autorité détentrice des données. À l'inverse, la diffusion n'implique que la volonté de l'autorité détentrice des données, qu'elle en soit elle-même productrice ou qu'elle les ait simplement recueillies. Selon l'auteur, à chacune de ces notions sont associées des valeurs différentes. Alors que l'accès aux données publiques impliquerait des valeurs intellectuelles – ou « *valeurs cognitives* » – résultant d'un « *besoin de lisibilité sociale* » des administrés, la diffusion susciterait plutôt des « *valeurs économiques* » dans une perspective de production de richesses commercialisables<sup>55</sup>.

Cette distinction est cependant remise en cause par l'utilisation des TIC en matière de diffusion des données juridiques, puisque la diffusion implique l'accès et inversement<sup>56</sup>. L'analyse du cas du Royaume-Uni témoigne de cette relation d'équivalence propre à permettre, à terme, l'émergence d'un "droit au droit"<sup>57</sup>. Dans son discours d'Hourtin du 25 août 1997, le Premier ministre Lionel JOSPIN déclarait que « *pour répondre à l'exigence démocratique de transparence de l'État, un accès plus aisé à l'information publique est par ailleurs indispensable* ». Il ajoutait que « *Les données publiques essentielles doivent désormais pouvoir être accessibles à tous gratuitement sur Internet. Ainsi, puisque "nul n'est censé ignorer la loi", je ferai en sorte que ce soit le cas du contenu du Journal officiel de la République française* ». <sup>58</sup> Le législateur confirma cette volonté d'élargissement de l'accès à la règle de droit. Déjà, le projet de loi du 3 juin 1998 *relatif à l'accès*

<sup>54</sup> P. FERRARI, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *AJDA*, n° 6, 2000, p. 471 ; M. PUYBASSET, « Le droit à l'information administrative », *AJDA*, n° 25, 2003, p. 1307-1308 ; S. BOISSARD, « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *ibid.*, p. 1309-1315.

<sup>55</sup> J.-M. BRUGUIÈRE, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, p. 13-16.

<sup>56</sup> Voir sur cette évolution *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, Rapport de M. Dieudonné MANDELKERN, *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>57</sup> *Supra*.

*au droit et à la résolution amiable des conflits* avait pour ambition de faire du « droit au droit (...) un élément essentiel du pacte démocratique, parce qu'il conditionne l'exercice de la citoyenneté et, plus largement, contribue à la sauvegarde de la dignité humaine »<sup>59</sup>. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration consacra cette orientation en affirmant solennellement le « droit de toute personne à l'information », précisant dans son article 2 que « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent »<sup>60</sup>.

La diffusion de la règle de droit doit néanmoins être distinguée de la notion de « diffusion publique » au sens de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par la loi du 12 avril 2000. Cet article dispense en effet l'autorité administrative de ses obligations de communication des documents administratifs aux usagers qui en font la demande ceux qui ont fait par ailleurs l'objet d'une « diffusion publique ». Or, pour le moment, la CADA refuse d'assimiler la diffusion des actes juridiques en ligne à la notion de « diffusion publique » de « documents administratifs », « compte tenu de l'état actuel du développement de ces techniques »<sup>61</sup>. L'administration est donc en principe tenue, pour tous les actes pouvant être qualifiés de « documents administratifs »<sup>62</sup> et faisant exclusivement l'objet d'une diffusion en ligne, d'assurer leur communication personnelle aux administrés lorsque ceux-ci en font la demande<sup>63</sup>. La CADA considère en effet que ne peuvent être considérés comme des documents faisant l'objet d'une « diffusion publique » les actes dont le procédé de publication n'offre pas des garanties d'accès dans le temps et dans l'espace équivalentes à celles instituées par la loi. C'est notamment le cas d'un bulletin local ou du recueil administratif d'une préfecture lorsque l'intéressé ne réside pas dans la circonscription<sup>64</sup>. Il en va de même pour l'affichage ou la diffusion dans la presse de documents administratifs<sup>65</sup>. Au demeurant, la loi du 12 avril 2000 élargit le domaine des documents communicables à ceux « existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement

<sup>58</sup> Discours du Premier ministre prononcé à Hourtin le lundi 25 août 1997 lors de l'Université de la communication, « Préparer l'entrée de la France dans la société de l'information », consultable sur [http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr/jospin\\_version1/DISOURS](http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr/jospin_version1/DISOURS).

Ce discours qui s'inscrit dans le Programme d'Action Gouvernementale pour la Société de l'Information (PAGSI) lancé en janvier 1998.

<sup>59</sup> Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 1998, AN, n° 956. Le texte définitif ne comporte pas d'exposé des motifs, voir Loi n° 98-1163 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JORF* n° 296, 22 décembre 1998, p. 19343.

<sup>60</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *op. cit.*, articles 1 et 2.

<sup>61</sup> Avis n° 20034534.

<sup>62</sup> En sont notamment exclus par l'article 1<sup>er</sup> de la loi, les actes des assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives ainsi que certains documents de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes.

<sup>63</sup> A. ROBINEAU-ISRAËL, B. LASSERRE, "Administration électronique et accès à l'information administrative", *A.J.D.A.*, n°25, 2003, p. 1328.

<sup>64</sup> Avis n° 20004805 du 21 décembre 2000, *Préfet de la Somme*.

<sup>65</sup> Avis n° 20003890 du 19 octobre 2000, *Préfet de Maine-et-Loire*.

*automatisé d'usage courant* », quelle que soit la nature – nominative ou non – des informations qu'ils contiennent. Néanmoins, la position de la CADA sera certainement amenée à évoluer face au développement des TIC et à leur diffusion croissante dans l'administration et au sein de la société en général. Ainsi, la Commission a-t-elle récemment décidé, au sujet de la communication du recueil des actes administratifs d'une préfecture, que : « *dans les circonstances de l'espèce, sa mise en ligne sur le site Internet des préfectures s'apparentait à une diffusion publique au sens des dispositions de l'article 2 de la même loi, qui exclut dès lors l'exercice du droit à communication prévu par celle-ci* », précisant au demeurant : « *qu'une proposition d'abonnement, contre paiement, à une version papier du recueil des actes administratifs ne pouvait s'analyser en un refus d'accéder à la demande, dès lors qu'elle est motivée par des contraintes techniques relatives notamment aux possibilités de modification ultérieure des documents envoyés sous format électronique* »<sup>66</sup>. Ce souci participe au respect du principe de l'égalité d'accès aux données publiques en général et au droit en particulier lorsqu'il s'agit d'actes juridiques.

Bien que la subjectivisation des rapports juridiques entre le destinataire de la norme et l'autorité chargée de sa diffusion ne soit pas encore achevée, le principe d'égal accès à la règle de droit contribue à la rendre concrétisable dans le cadre d'un contentieux juridictionnel proche de celui de l'égal accès au service public. La mise à disposition de l'ensemble du *JORF* et d'une partie de la jurisprudence administrative et judiciaire sur Internet suppose en effet la possibilité pour tout administré d'avoir au moins potentiellement accès à Internet, depuis son domicile ou à l'extérieur, par l'intermédiaire de terminaux mis éventuellement à sa disposition par l'administration. La diffusion exclusive par les TIC des données juridiques, service public « *par nature* », implique ainsi l'égalité d'accès à cette diffusion. Or, l'accès à l'outil informatique n'est pas encore généralisé sur l'ensemble du territoire et pour tout administré. La Cour d'arbitrage belge a été confrontée à cette question le 16 juin 2004 à l'occasion de l'examen d'une loi de programme ayant procédé à la dématérialisation du *Moniteur belge*<sup>67</sup>.

## 2. – *Le précédent du Moniteur belge : l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 juin 2004*<sup>68</sup>

La Cour a annulé certaines dispositions de la loi-programme du 24 décembre 2002 (articles 474 et 475) relatives au procédé exclusif de publication électronique du *Moniteur*<sup>69</sup> sur le fondement des articles 10 et 11 de la Constitution belge<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Avis n°20052642 du 21 juillet 2005, *Préfet de l'Aisne*.

<sup>67</sup> Équivalent du *Journal officiel de la République française*, imprimé et diffusé par la direction du Moniteur belge à Bruxelles.

<sup>68</sup> Cour d'Arbitrage belge, arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004.

<sup>69</sup> Voir l'excellente analyse de Chr. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel comme législateur-cadre positif : les normes juridictionnelles relatives à la production et au contenu de normes législatives futures*, th. Paris I Panthéon-Sorbonne (sous la dir. du professeur Otto PFERSMANN), dactyl., 2005, p. 294-302 ; C. TERWAGNE et al., « La fin de la version papier du Moniteur belge », *Revue Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 3 ; Ch.-É. CLESSE, « De la fin du "Moniteur" papier à la mort de "Nemo censetur..." », *JT*, 2002, p. 835.



La Belgique se caractérise en effet par un système de publication imposant une traduction parallèle dans les deux langues officielles de l'État, à savoir le français et le flamand, ce qui, avant le passage à la dématérialisation exclusive, représentait un coût très important pour les services du *Moniteur* en particulier et le budget de l'État en général<sup>71</sup>. Afin de régler la question de l'authenticité du *Moniteur*, l'article 474 de la loi-programme du 24 décembre 2002 prévoyait l'impression et la conservation de trois exemplaires papier dont le premier est conservé à la Direction du *Moniteur belge*, le second transmis au ministre de la Justice et le dernier déposé à la Bibliothèque royale de Belgique. L'article 475 de la loi précisait que « *Toute autre mise à disposition du public est réalisée par l'intermédiaire du site Internet de la Direction du Moniteur belge. Les publications mises à disposition sur ce site Internet sont les reproductions exactes dans un format électronique des exemplaires sur papier prévus à l'article 474* ». Après avoir rappelé que « *la publication est une condition essentielle de la force obligatoire des textes officiels* », la Cour précise que « *la faculté pour toute personne d'en prendre connaissance en tout temps est un droit inhérent à l'État de droit puisque c'est cette connaissance qui permettra à chacun de s'y conformer* »<sup>72</sup>. Elle estime que la suppression de la version papier du journal officiel belge ne contient, « *en tant que telle* », aucune discrimination et doit être considérée comme conforme à la Constitution : « *La suppression de l'édition imprimée sur papier du Moniteur belge (...) et son remplacement par une mise à la disposition du public par l'intermédiaire du site Internet (...) sont des mesures dont il peut raisonnablement être admis qu'elles sont en rapport avec l'objectif du législateur (...). Elles s'inscrivent (...) dans l'évolution de la société, les techniques informatiques devenant un procédé de communication de plus en plus courant.* »<sup>73</sup> Cependant, la Cour précise que « *le principe d'égalité et de non-discrimination peut être violé lorsque le législateur traite de la même manière des personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes* »<sup>74</sup>.

Après avoir apprécié proportionnalité des mesures accompagnant la suppression du *Moniteur* papier, la Cour d'arbitrage estime que la possibilité offerte par l'article 474 de la loi-programme de consulter un exemplaire papier du journal à la direction du *Moniteur* de Bruxelles est « *insuffisante* » car « *n'assure pas à chacun un accès aux textes qui l'intéressent, sans difficulté excessive* »<sup>75</sup>. Elle

<sup>70</sup> Article 10 : « *Les Belges sont égaux devant la loi* » ; Article 11 : « *La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination.* »

<sup>71</sup> En ce qui concerne la communauté belge germanophone, la loi du 31 décembre 1983, modifiée par la loi du 18 juillet 1990, confie au Commissaire d'arrondissement (commissaire du gouvernement fédéral) la mission d'assurer la publication en allemand des lois, décrets, ordonnances, arrêtés et règlements, voir Circulaire du 20 décembre 2002 relative aux tâches exercées par les autorités provinciales pour le Service public fédéral Intérieur, point 6) a), *Moniteur Belge* du 23 mai 2003, p. 28 555.

<sup>72</sup> Cour d'Arbitrage belge, arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004, B 3.2.

<sup>73</sup> *Ibid.*, B 15.

<sup>74</sup> *Ibid.*, B 14.

<sup>75</sup> *Ibid.*, B19 et B 18 : « *[La] mesure permettant d'obtenir une copie d'un acte ou d'un document du Moniteur belge n'est pas de nature à remédier aux effets négatifs des dispositions entreprises. Ceux qui ne disposent pas de matériel informatique ne pouvant consulter eux-mêmes le Moniteur belge, il sera en effet particulièrement malaisé à qui*

déclare par conséquent que « *Faute d'être accompagnées de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes. Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution* »<sup>76</sup>. Tout en annulant les articles 474 et 475 de la loi-programme du 24 décembre 2002, la Cour déroge cependant à l'effet rétroactif de l'annulation en maintenant leurs effets pour les publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005.<sup>77</sup> La Cour laisse ainsi un an au législateur belge pour adopter les mesures propres à assurer le respect du principe d'égalité et de non-discrimination. Au-delà, les dispositions de la loi-programme frappées d'inconstitutionnalité ne pourront plus produire aucun effet<sup>78</sup>.

Tirant les conclusions de l'arrêt de la Cour, la loi du 20 juillet 2005 modifie ainsi les articles 474 et 475 de la loi-programme par l'insertion d'aménagements permettant de rendre le *Moniteur* accessible au plus grand nombre. Ces aménagements, entrés en vigueur le 31 juillet, prévoient, entre autre, la possibilité pour tout citoyen, par le biais d'un numéro vert (gratuit), d'obtenir à prix coûtant auprès du service du *Moniteur*, une copie des actes publiés ainsi qu'un service d'aide à la recherche de documents (art. 475 bis). L'article 465 ter dispose que « *D'autres mesures d'accompagnement sont prises par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres afin d'assurer la diffusion et l'accès les plus larges possibles aux informations contenues dans le Moniteur belge* »<sup>79</sup>. Un projet d'arrêté royal, approuvé en Conseil des ministres le 20 juillet, prévoit ainsi la publication quotidienne, au sein de chaque greffe, d'un exemplaire imprimé du sommaire du *Moniteur belge*. Le contentieux n'est cependant pas vidé puisque l'association à l'origine du recours devant la Cour a déclaré vouloir attaquer les nouvelles dispositions sur le même fondement<sup>80</sup>.

Le projet de dématérialisation totale du *JORF*, après la première étape que constitue l'ordonnance du 20 février 2004<sup>81</sup> prise sur le fondement de l'article 4 de

---

*recherche un texte de pouvoir identifier l'exemplaire où le texte en question est publié. Cette mesure introduit ainsi une différence de traitement entre celui qui, ayant accès à un matériel informatique, peut consulter aisément tous les numéros du Moniteur belge édités depuis la mise en vigueur des dispositions attaquées et y trouver le texte qui l'intéresse, et celui qui, n'ayant pas accès à l'informatique, ne peut identifier le numéro dans lequel ce texte est publié. »*

<sup>76</sup> *Ibid.*, B.22.

<sup>77</sup> Dispositif conforme à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

<sup>78</sup> Comme le note Christian BEHRENDT, lorsque la Cour prononce son jugement, les dispositions de la loi-programme concernées sont en vigueur depuis plus d'un an (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003). Il était donc pratiquement impossible de prononcer l'annulation rétroactive des dispositions incriminées et de ne pas laisser au législateur un temps suffisant pour mettre en place des mesures d'accompagnement ou bien un régime de publication mixte, voir l'argumentation de la Cour, Considérant B 23. Chr. BEHRENDT, *op. cit.*, p. 300.

<sup>79</sup> Loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *Moniteur belge* du 29 juillet 2005, [www.moniteur.be](http://www.moniteur.be)

<sup>80</sup> <http://www.droitbelge.be/news>

<sup>81</sup> Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, *JORF* n° 44 du 21 février 2004, p. 3514.

la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit*<sup>82</sup>, est susceptible de soulever les mêmes questions, faute pour le législateur d'avoir prévu des mesures particulières pour les usagers ne pouvant disposer de l'outil informatique. Néanmoins, outre les particularités propres au système de publication pour lequel a opté la France début 2004, l'absence d'obligation constitutionnelle pour le législateur français de traiter de manière différente des individus placés dans des situations différentes ne permet pas de transposer dans sa totalité le raisonnement de la Cour d'arbitrage belge au cas de la France. Cette conception française du principe d'égalité repose sur la différence entre « *l'égalité dans la loi* » qui prescrit de ne pas appliquer un traitement différent aux situations identiques, ce qu'appliquent le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État<sup>83</sup>, et « *l'égalité par la loi* » qui prescrit de traiter différemment les situations objectivement différentes<sup>84</sup>, ce qu'aucune juridiction française n'admet aujourd'hui<sup>85</sup>.

L'ordonnance du 20 février 2004 qui reprend en grande partie l'étude réalisée par le Conseil d'État à la demande du Premier ministre le 27 septembre 2001<sup>86</sup>, modifie l'article 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>87</sup>. Alors que l'article 1<sup>er</sup> supprime le délai de distance pour la province qui ne se justifiait plus et harmonise le régime des actes publiés au *JORF* en consacrant la règle de leur entrée en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut et sauf urgence, le lendemain de leur publication<sup>88</sup>, l'article 3 dispose, sous certaines réserves<sup>89</sup>, qu'à partir du 1<sup>er</sup> juin 2004, la publication des lois, ordonnances, décrets et actes administratifs « *est assurée, le même jour, dans*

<sup>82</sup> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *JORF* n° 152, 3 juillet 2003, p. 11 192.

<sup>83</sup> V. notamment, décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Rec.*, p. 31.

<sup>84</sup> N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, p. 152 et s.

<sup>85</sup> V. CE Ass. 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, *RFDA* 1997, p. 450, concl. J.-C. BONICHOT, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN. Il en est de même quant à la jurisprudence de la CJCE, v. CJCE 15 septembre 1982, *Julius Kind c/ Communauté économique européenne*, *Rec.* p. 2 885.

<sup>86</sup> *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 septembre 2001, Conseil d'État, Section du rapport et des études, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2001.

<sup>87</sup> L'ordonnance du 20 février 2004 vise la plupart des actes administratifs de l'État et exclut ceux édictés par les autorités déconcentrées et décentralisées, qui font l'objet d'une publication spécifique. Les actes des autorités déconcentrées sont publiés au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* et les actes des collectivités territoriales métropolitaines répondent à un régime de publication spécifique prévu aux articles L. 2131-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du CGCT.

<sup>88</sup> Pour les lois et les actes administratifs autres qu'individuels, l'avant-dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> conserve la possibilité d'une entrée en vigueur immédiate sur décision du président de la République après avoir constaté l'urgence et sauf disposition contraire du texte. Cette compétence, antérieurement attribuée au Premier ministre par le décret du 5 novembre 1870 et la jurisprudence du Conseil d'État, est désormais rattachée à la compétence de promulgation que le Président de la République tient de l'article 10 C. Le dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> consacre la règle jurisprudentielle selon laquelle l'entrée en vigueur des lois et des actes administratifs autres qu'individuels est suspendue jusqu'à l'entrée en vigueur des « *mesures d'application indispensables à leur mise en œuvre* ».

*des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique* »<sup>90</sup>. Le double support de publication – papier et électronique – confère aux citoyens un accès non discriminatoire à la production normative, contrairement au système mis en place en Belgique, ce que confirment la jurisprudence classique du Conseil d'État relative à l'égalité d'accès des usagers au service public et celle du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité de traitement.

Le Conseil d'État a ainsi déclaré dans un avis du 15 janvier 1997 sur une question de droit posée par le TA de Rennes à propos des modalités d'inscription dans certaines filières universitaires, que méconnaît le principe d'égalité de traitement une procédure d'inscription à certaines filières d'une Université qui repose exclusivement sur le minitel et retient les candidatures dans l'ordre chronologique des connexions effectives. « *Une telle procédure méconnaît le principe d'égalité de traitement entre les candidats, eu égard aux conditions d'équipement télématique et informatique des intéressés, aux possibilités techniques de connexion et aux différences qui en résultent dans les conditions d'acheminement de leurs appels vers le serveur télématique de l'Université.* »<sup>91</sup> Au contraire, la haute juridiction a rappelé dans un arrêt de Section du 28 juillet 2000 que ne méconnaissent pas le principe d'égalité de traitement les règles qui assurent un « *accès pluriel* » à l'administration<sup>92</sup>. Le Conseil constitutionnel adopta une position similaire dans la décision 456 DC du 27 décembre 2001 *Loi de finances pour 2002*, considérant que la transmission de la déclaration de revenus par voie électronique organisée parallèlement à la transmission par voie postale, alors même qu'elle dispense les intéressés de la production d'un justificatif de la déduction demandée au titre des cotisations syndicales versées, « *n'est pas contraire au principe d'égalité* », car elle « *ne dispense pas de la production de ces pièces lors d'un contrôle fiscal ultérieur* »<sup>93</sup>.

L'analyse du système mis en place par l'ordonnance du 20 février doit cependant être nuancée. En effet, si l'article 3 de l'ordonnance retient la solution d'un accès pluriel, l'article 5 prévoit que pour certains actes administratifs dont la liste est arrêtée par décret en Conseil d'État, « *la publication au Journal officiel sous forme électronique suffit à assurer l'entrée en vigueur* ». Le décret, adopté le 29 juin 2004, vise aussi bien certains actes réglementaires – à l'exception des ordonnances – intervenant dans les matières énumérées par les alinéas 1 à 3 de l'article 1<sup>er</sup>, ainsi que ceux édictés par les « *autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité*

<sup>89</sup> Réserves concernant la publication électronique des actes administratifs individuels relatifs à l'état des personnes dont la liste est arrêtée par un décret du 28 mai 2004, adopté après recommandation de la CNIL, de manière à assurer la confidentialité de ces actes, Décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 *fixant les catégories d'actes individuels ne pouvant faire l'objet d'une publication sous forme électronique au Journal officiel de la République française*, *JORF* n° 124 du 29 mai 2004 p. 9583.

<sup>90</sup> Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, article 3.

<sup>91</sup> CE, *Sect.*, Avis du 15 janvier 1997, *M. Gouzien*, n° 182777, p. 19.

<sup>92</sup> CE, *Sect.*, 28 juillet 2000, *M. Le Besco*, *Rec.*, tables, p. 1018 et 1055.

<sup>93</sup> Décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, JO du 29 décembre, p. 21159.

*morale, autres que ceux qui intéressent la généralité des citoyens* », que certaines décisions individuelles concernant les fonctionnaires de l'État et le domaine de la concurrence pour celles édictées par le ministre chargé de l'économie<sup>94</sup>. L'article 2 du décret étend le régime de la publication exclusive au *JO* électronique (*JOEL*) aux « *décisions individuelles et de l'ensemble des autres actes dépourvus de valeur réglementaire, y compris les avis et propositions dont une loi ou un décret prévoit la publication au Journal officiel (...) lorsqu'ils relèvent de l'une des matières énumérées aux 1°, 2° et 3° de l'article 1er du présent décret ou émanent de l'une des autorités mentionnées au 5° du même article* ».

Si les décisions administratives individuelles demeurent soumises à l'obligation de notification à l'égard de leurs destinataires, la publication au seul *JOEL* a comme effet de faire courir le délai de recours pour excès de pouvoir vis-à-vis des tiers intéressés, qui eux-mêmes sont fonctionnaires et dont l'équipement informatique professionnel donne en principe accès à Internet<sup>95</sup>. Il n'est toutefois pas certain, contrairement à l'intention proclamée du gouvernement, que l'accès à l'ensemble des actes publiés au seul *JOEL*, n'intéresse que les agents de l'administration. En effet, un arrêté relatif à la fermeture d'une Trésorerie en zone rurale – acte réglementaire « *relatif à l'organisation des services déconcentrés de l'État* » – comporte des conséquences préjudiciables tant pour les administrés usagers du service que pour les collectivités territoriales concernées par les missions d'assistance et de gestion du Trésor public. Il en va de même pour l'ensemble des services déconcentrés de proximité.

Le fait de soustraire ces actes au régime de droit commun de la double publication a pour conséquence de ne pas permettre à l'ensemble des tiers concernés d'en prendre connaissance et le cas échéant d'exercer leur droit de recours à leur encontre. Conséquences qui pourraient être considérées comme incompatibles avec l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des

---

<sup>94</sup> Selon l'article 1<sup>er</sup>, les actes administratifs dont la publication au *JORF* suffit à assurer leur entrée en vigueur sont : « 1° *Les actes réglementaires, autres que les ordonnances, qui sont relatifs à l'organisation administrative de l'État, en particulier les décrets se rapportant à l'organisation des administrations centrales, les actes relatifs à l'organisation des services déconcentrés de l'État, ainsi que ceux portant délégation de signature au sein des services de l'État et de ses établissements publics* ; 2° *Les actes réglementaires, autres que les ordonnances, relatifs aux fonctionnaires et agents publics, aux magistrats et aux militaires* ; 3° *Les actes réglementaires, autres que les ordonnances, relatifs au budget de l'État, notamment les décrets et arrêtés portant répartition, ouverture, annulation, virement ou transfert de crédits, ceux relatifs aux fonds de concours, aux postes comptables du Trésor public et aux régies d'avances, ainsi que les instructions budgétaires et comptables* ; 4° *Les décisions individuelles prises par le ministre chargé de l'économie dans le domaine de la concurrence* ; 5° *Les actes réglementaires des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale, autres que ceux qui intéressent la généralité des citoyens.* » (décret n° 2004-617 du 29 juin 2004, *JO*, 30 juin 2004, p. 11 849).

<sup>95</sup> Considérations que le Conseil d'État avait déjà souligné dans son étude de septembre 2001, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, *op. cit.*, p. 31.

droits de l'homme. Or, à terme, la publication exclusive au *JOEL* devrait s'étendre, comme en Belgique, à l'ensemble des actes soumis à publication<sup>96</sup>.

La solution adoptée par la France confirme cependant une position de prudence face au risque d'un « fossé numérique » préjudiciable à la cohésion sociale que sont censés assurer les services publics en réseau et à l'accès concret des administrés au droit produit par leurs représentants. L'égalité de traitement dans la mise en œuvre de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi tel qu'affirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 421-DC à propos de la codification par ordonnance, semble à peu près préservée. Le Conseil considère en effet que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ». Néanmoins, le choix du pouvoir réglementaire nécessite, pour être en accord avec ses ambitions premières et avec les objectifs et principes dégagés par le Conseil constitutionnel, des politiques publiques ambitieuses impliquant l'ensemble des acteurs au plan national comme au plan local et dont la question du financement n'est encore qu'insuffisamment réglée<sup>97</sup>.

### 3. – *Le choix d'un mode de gestion publique adapté à la mission de diffusion des données juridiques « essentielles »*

L'accessibilité de la règle de droit implique la mise en œuvre de mécanismes de fourniture de l'information juridique et suppose un choix entre la régulation par le seul marché et l'institution d'un véritable service public de la diffusion de l'information juridique dont la garantie de bon fonctionnement reviendrait à l'État.

<sup>96</sup> Stratégies Ministérielles de Réforme, *225 mesures pour moderniser l'État*, Paris, 14 septembre 2004, p. 49, consultable sur <http://www.fonction-publique.gouv.fr>

<sup>97</sup> Ainsi, la loi du 12 avril 2000 crée-t-elle des « *Maisons de services publics* » (MSP) qui, outre un accès de proximité aux services publics, doivent garantir des points d'accès à Internet aux citoyens. Un certain nombre de municipalités offrent désormais, parfois en partenariat avec des acteurs privés, à leurs administrés ces points d'accès, certaines proposant des formations à Internet au profit des plus démunis face à l'outil informatique. Une étude ETD-DATAR de juin 2002 recense la création de 350 MSP et mentionne dans les souhaits d'évolution de leurs initiateurs « *une volonté de développer les nouveaux modes de communication : bornes interactives, internet, intranet, visio-conférences, visio-guichets, télé-procédures* ». La loi du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique (LCEN) habilite les collectivités territoriales et leurs groupements, en cas de carence dûment constatée de l'initiative privée (appel d'offre infructueux), à mettre à disposition des infrastructures de télécommunication et à devenir opérateurs de télécommunication, ce qui, dans certaines zones rurales à faible rentabilité pour les opérateurs privés, permettrait d'offrir un accès effectif aux administrés, Loi 2004-575 du 21 juin 2004, article 50, *JORF* n° 143, 22 juin 2004, p. 11168. Chapitre V, art. L. 1425-1 CGCT. R. ALLEMAND, « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *ADJA*, n° 37, 2004, p. 2025 et s.

C'est pour cette solution que le pouvoir réglementaire opta dès 1984 en instituant par un décret du 24 octobre, un « *service public des bases et banques de données juridiques* »<sup>98</sup>. La diffusion et la commercialisation des bases de données juridiques produites par la Direction des JO (DJO) furent alors confiées à un concessionnaire : la société OR Télématique (ORT), tandis que le GIE Juris-data assurait concurremment la diffusion des données. Un décret du 31 mai 1996 reconduisit le monopole de la diffusion de bases de données juridiques<sup>99</sup> au profit de la société ORT<sup>100</sup>. Le Conseil d'État, saisi par l'ordre des avocats de la cour de Paris sur la base de la violation des règles de la concurrence par le décret du 31 mai 1996 qualifia cette activité de « *mission de service public par nature au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller* »<sup>101</sup>.

Le Conseil d'État renouait ainsi curieusement avec l'idée fortement contestée par une grande partie de la doctrine qu'il existerait des services publics étatiques par nature, indépendamment de la volonté de la collectivité publique qui dispose en principe du monopole de l'identification de l'intérêt général et de la création subséquente du service public. Cette idée, souvent liée dans la jurisprudence du Conseil à des activités stratégiques d'intérêt national telles que la construction d'autoroutes et d'infrastructures routières nationales en général, comporte ici un prolongement intéressant, intellectuellement rattachable à l'activité de production

<sup>98</sup> Décret n° 84-940 du 24 octobre 1984 relatif au service public des bases et banques de données juridiques, modifié par le décret n° 85-987 du 18 septembre 1985 et par le décret n° 91-326 du 28 mars 1991, *JORF* 25 octobre 1984. L'article 3 du décret 84-940 du 24 octobre 1984 prévoyait que « *Les administrations, juridictions et autres organismes relevant de l'État sont tenus de fournir à la Direction des Journaux officiels, quand elle en formule la demande, tous documents non imprimés par cette direction et, le cas échéant, toutes informations déjà enregistrées sur support magnétique nécessaires à la constitution des bases ou banques de données mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>* ».

<sup>99</sup> L'article 1<sup>er</sup> du décret du 31 mai 1996 élargit la liste des textes diffusés en disposant que : « *Le service public des bases de données juridiques vise à rassembler et mettre sous forme de bases de données informatisées, en vue de leur consultation par voie ou support électronique, le texte et les éléments de description et d'analyse documentaire : - des traités et accords internationaux publiés ; - des lois et règlements ; - des documents publiés au Journal officiel des Communautés européennes ; - des instructions et circulaires publiées conformément aux dispositions de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée ; - des conventions collectives nationales ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension ; - des décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et du tribunal des conflits ; - des arrêts de la Cour de cassation et de la Cour des comptes ; - des jugements des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs ; - des décisions des cours et tribunaux judiciaires ; - des décisions des chambres régionales des comptes ; - des arrêts de la Cour de justice et du tribunal de première instance des Communautés européennes ; - des arrêts de la cour et des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ; - des actes publiés des autorités administratives indépendantes ; - d'autres documents officiels de caractère juridique dont les catégories sont fixées par arrêté conjoint du Premier ministre et du ou des ministres intéressés* ».

<sup>100</sup> Le décret de 1996 précise que la mise en forme des bases de données juridiques relève de la DJO à qui revient également la mission de veiller à leur cohérence. Un concessionnaire unique est chargé de la mise à disposition du public des données ainsi recueillies et mises en forme.

<sup>101</sup> CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Req. n° 181611, concl. J.-D. COMBREXELLE, note B. NOUËL, *AJDA*, n° 4, 1998, p. 362.

normative de l'État ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 99-421 DC. Le pouvoir réglementaire en 1984 n'aurait donc fait qu'organiser un service public préexistant sans le créer véritablement. Selon le rapport du Conseil d'État présenté en 1996 par Renaud DENOIX DE SAINT MARC au Premier ministre, le service public implique la fourniture d'une prestation au bénéfice de l'utilisateur selon deux types de besoins : « *la garantie des libertés fondamentales* » et « *l'existence de solidarités reconnues* »<sup>102</sup>. Les besoins satisfaits en l'espèce sont ceux du premier type, la diffusion du droit participant à son accessibilité, elle-même condition de l'effectivité des droits et libertés fondamentales qu'elle a pour fonction d'organiser après les avoir proclamés.

À la différence d'autres services en réseaux, l'obligation de desserte de l'utilisateur destinataire des contenus normatifs dématérialisés doit être universelle et non simplement générale, ce qui implique d'assurer la couverture la plus large possible du territoire par le réseau ainsi qu'un taux d'équipement informatique et une formation à son usage suffisants. La notion de service public universel telle que définie par le droit communautaire et les sujétions minimales qu'elle impose aux opérateurs de télécommunication est sur ce point propice à donner forme juridique à ce cadre<sup>103</sup>. En outre, la possibilité donnée aux collectivités territoriales par l'article 50 de la loi du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* (codifié à l'art. L. 1425-1. I du CGCT) de devenir fournisseurs d'accès à Internet en cas de carence de l'initiative privée contribue à rendre plus effective l'universalité de l'accès au service<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Le service public, Rapport au Premier ministre, Mission présidée par Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Paris, La Documentation française, 1996, p. 51.

<sup>103</sup> En 1992, la Commission européenne définissait le service public universel, notion anglo-saxonne, comme « *un service minimum donné, dont la qualité est spécifiée, pour tout utilisateur, à un prix accessible* ». Plus concrètement, et selon la directive "service universel" 2002/22/CE du 7 mars 2002, le service universel doit être fourni sur l'ensemble du territoire, à un prix abordable, dans le cadre d'une péréquation géographique des tarifs. Sa fourniture peut entraîner un coût pour l'opérateur qui en a la charge. Ce coût est compensé par un mécanisme « *fonds de service universel* » alimenté par l'ensemble des opérateurs. La loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 *relative aux obligations de service public et à France Télécom*, transposant la directive 2002/22/CE prévoit ainsi que l'opérateur chargé de l'offre de téléphonie doit fournir à toute personne qui en fait la demande un raccordement permettant d'émettre et de recevoir des communications de données à un débit suffisant pour permettre un accès à Internet. Le décret d'application du 17 novembre 2004, dispose que cet opérateur a l'obligation de prévoir une offre de tarifs réduits pour les personnes à faible revenu et de fournir les services obligatoires prévus par l'article L. 35-5 du Code des postes et télécommunications électroniques (CPTE) issu de la loi de 2003. Le contrôle des tarifs du service universel est intégralement confié à l'Autorité de régulation des télécommunications, décret [2004-1222](#) du 17 novembre 2004 *relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques et modifiant le code des postes et des communications électroniques*, JO 19 novembre 2004, p. 19497.

<sup>104</sup> Loi 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*, JO 22 juin 2004, p. 11168.



Malgré les déclarations politiques de bonnes intentions et l'incorporation croissante des TIC au sein de l'administration, le caractère libre et complet de la diffusion de la règle de droit en France n'a été rendu effectif qu'à partir de 2002. En effet, jusqu'à cette époque, ne furent mis sur Internet gratuitement à la disposition des administrés que les derniers numéros du *JO*, sous la forme de *données brutes*, sans *valeur ajoutée*, les précédents numéros faisant l'objet d'un accès payant au profit de la société ORT qui bénéficiait du monopole de la diffusion des bases de données juridiques de l'État.<sup>105</sup> Alors que les données brutes, considérées comme « essentielles », étaient délivrées gratuitement et directement sur le site *Légifrance*, la diffusion des données juridiques comportant une valeur ajoutée faisait l'objet de la perception d'une redevance par l'intermédiaire du site *Jurifrance*<sup>106</sup>. Le décret du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par Internet* met fin à la concession exclusive de la société ORT<sup>107</sup> et crée un « *service public de la diffusion du droit par Internet* » dont l'objet est de « *faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence* ». L'article 1<sup>er</sup> du décret de 2002 précise en effet que ce service « *met gratuitement à la disposition du public* » un ensemble de données juridiques nationales dont la liste, déterminée par le décret, est élargie<sup>108</sup>. Le site *Légifrance*, par l'intermédiaire duquel est assurée cette diffusion demeure placé sous la responsabilité du secrétariat général du Gouvernement (SGG) mais exploité directement par la DJO elle-même à l'origine d'une grande partie des données juridiques nationale recueillies. Ce service public *par nature* est le relais nécessaire qui a servi de vecteur à la dématérialisation partielle du *JORF* en juin 2004. Il est donc investi d'une mission de premier ordre prolongeant celle de production du droit accomplie notamment par le législateur.

\*

---

<sup>105</sup> Aux termes de l'article 8 du décret du 31 mai 1996, qui reprenait l'article 5 du décret du 24 octobre 1984, les administrations ne pouvaient diffuser à l'extérieur de leurs services leurs propres bases de données juridiques ou celles produites avec leur concours que par l'intermédiaire du concessionnaire, sauf dérogation du Premier ministre.

<sup>106</sup> Sur l'historique de la diffusion des données juridiques sur Internet, voir J. CARTRON, « *Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le Web* », *R.F.D.A.*, n°14, 1998, pp. 689-709 ; J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Paris, Litec, 2002, pp. 31-32.

<sup>107</sup> Après renouvellement du contrat de concession en 1998 pour 7 années, la société ORT fit l'objet d'un rachat par le groupe Reuters : voir « *Reuters est sur le point de s'offrir l'agence française ORT* », *La Tribune*, 9 décembre 1999. Le régime institué par le décret du 31 mai 1996 prit fin au mois de septembre 2002, Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par Internet*, *JO* n°185 du 9 août 2002, p. 13655.

<sup>108</sup> Selon l'article 1, les données juridiques nationales mises gratuitement à la disposition du public sont : « 1° *Sous forme consolidée, la Constitution, les codes, les lois et les actes à caractère réglementaire émanant des autorités de l'État et les conventions collectives nationales ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension*; 2° *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du tribunal des conflits, plus une sélection des arrêts et jugements rendus par la Cour des comptes et les autres juridictions administratives, judiciaires et financières*; 3° *L'édition "Lois et décrets" du Journal officiel de la République française, les bulletins officiels des ministères.* »

\*      \*

Thomas HOBBS s'indignant devant les difficultés rencontrées par le profane pour connaître la loi (*statute*) notait qu'il faudrait qu'il y ait autant de copies des lois qu'il en existait de la Bible. Le philosophe remarquait par là que si nos actes devaient être régis par la loi, encore fallait-il être mis en mesure de connaître celle-ci, c'est-à-dire d'avoir accès à son support. L'accès à la règle de droit par ses destinataires consiste *a priori* en une question d'effectivité qui, comme telle, devrait échapper à l'analyse juridique. Cependant, la présomption de connaissance de la norme qui résulte de sa publication ainsi que l'obligation mise à la charge de l'État de diffuser publiquement celle-ci sur un support accessible, recentrent le débat autour de questions juridiques qui aboutissent à la reconnaissance de droits créances au profit des administrés, destinataires premiers de la norme produite par les autorités habilitées.

La dématérialisation de l'accès et de la diffusion de la règle de droit est une des réponses techniques apportée à un projet politique propre à nos sociétés démocratiques modernes : promouvoir le citoyen dans l'organisation collective de la cité non seulement en tant que justiciable mais en tant qu'usager de la règle de droit produite en son nom. En France, les composantes de ce modèle politique ont récemment fait l'objet d'une juridicisation par le juge constitutionnel et le législateur, contrairement au Royaume-Uni où la conception particulière de la règle de droit et le dogme de la souveraineté du Parlement empêchent pour le moment une évolution aussi poussée à une époque où les deux systèmes – *Common law* et Droit civil. s'affrontent sur le plan international comme sur le plan interne. La *Common law*, prisonnière d'une conception substantielle de la règle de droit parvient plus difficilement à assurer l'accessibilité du droit et la sécurité juridique qu'elle sous-entend. Le primat de l'efficacité économique de la norme, selon une logique d'évaluation et de performance – prôné notamment par le rapport Molfessis de 2004<sup>109</sup> – sur la garantie des droits et libertés fondamentales, introduit en effet un élément préjudiciable à la réalisation de l'État de droit et à la mise en œuvre du principe d'égalité<sup>110</sup>. Cet obstacle pourrait cependant être rapidement atténué par le poids croissant de la CESDH dans le système britannique et le passage d'une conception des droits fondamentaux fondée sur le droit au recours à une conception fondée sur des « droits créance », porteurs d'une certaine conception de la citoyenneté ainsi que du rôle du législateur<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier président Guy CAVINET par le groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Cour de cassation, Paris, Litec, 2005.

<sup>110</sup> P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, n°2, février 2005, p. 123-126.

<sup>111</sup> D. FELDMAN, « The Human Rights Act 1998 and constitutional principles », *Legal Studies*, vol. 19, no. 2, June, 1999, p. 179 et s. ; L. CLEMENTS, J. YOUNG, « Human Rights: Changing the Culture », *Journal of Law and Society*, vol. 26, no. 1, March 1999.

Le droit à la diffusion des données juridiques dans un contexte technologique ayant rendu possible leur dématérialisation confirme ainsi la lente émergence d'un « droit au droit » au profit du destinataire de la norme parallèlement à la constitution d'un droit des actes unilatéraux « immatériels »<sup>112</sup> pour lequel la jurisprudence semble avoir à jouer un rôle crucial et qui pourrait, à terme, bouleverser les méthodes de contrôle juridictionnel, selon des modalités proches de celles que connaît actuellement le contrôle de légalité des actes administratifs des collectivités territoriales.

---

<sup>112</sup> *Supra*, note 8.