

## La transparence face à ses limites<sup>1</sup>

Indispensable garde-fou aux excès des puissants, la transparence est récurrente dans les discours publics mais reste une notion problématique. Trop souvent envisagé comme présentant une valeur intrinsèque, l'objectif de développer la transparence sur les activités des organismes publics et privés a désormais été érigé en impératif catégorique, devenant de ce fait l'alpha et l'omega de toute action publique légitime et efficace. Or, la valeur de la transparence n'est qu'instrumentale : ce n'est que dès lors qu'elle permet de concourir à la préservation d'autres valeurs communément conçues comme démocratiques que celle-ci prend son sens, ce qui implique que certaines informations puissent, et doivent même en certaines hypothèses, être maintenues confidentielles dans l'intérêt de tous. En effet, dans une société de réseaux où l'information devient une ressource et un enjeu de pouvoir, l'injonction à la transparence est susceptible, en nombre d'hypothèses, d'ouvrir la voie à une manipulation de l'information à des fins étrangères à l'intérêt général et à une confiscation corrélative du débat public. . En définitive, chercher à développer une culture de la transparence susceptible de contribuer authentiquement à préserver l'intérêt du public conduit nécessairement à examiner de manière critique le rôle des acteurs de la transparence, et questionner leur légitimité à décider de ce qui doit être maintenu secret, ou publié, ce qui suscite des difficultés difficilement surmontables.

Identifier les risques liés au mésusage de la transparence conduit nécessairement à s'interroger sur les pouvoirs et la légitimité des acteurs de la transparence, afin de déterminer lesquels sont les plus à même de parvenir à créer le nécessaire équilibre entre transparence et secret.

La recherche d'un tel équilibre pourrait sans nul doute reposer sur le juge. Il s'agit en Europe d'une option d'autant plus logique qu'au regard d'un récent arrêt Magyar Helsinki de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>2</sup>, les juges de Strasbourg ont ouvert un large droit d'accès aux informations publiques lorsque celles-ci concernent des questions qui « (...) touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement », ce qui inclut les questions qui « (...) sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé »<sup>3</sup>. Or, dans ce cadre, la Cour Européenne des Droits de l'Homme exige de longue date que le juge amené à examiner des informations secrètes ou confidentielles puisse le cas échéant procéder à une déclassification d'informations dont l'importance serait telle que l'urgence de leur publication devrait primer sur toute autre obligation de confidentialité<sup>4</sup>.

Les juges sur lesquels reposent un tel fardeau feront néanmoins face à une difficulté majeure, dite « contre-majoritaire » : celle à laquelle font face des Cours qui, « exerçant un contrôle non pas au titre de la majorité dominante, mais contre celle-ci. [...] »<sup>5</sup> se voient en permanence soumises à un impératif majeur de légitimation. Or, à l'heure du développement de législations sécuritaires où l'impératif de sécurité nationale est utilisé de manière croissante pour maintenir des informations secrètes, il paraît peu probable que le juge s'oppose frontalement au pouvoir exécutif en lui enjoignant de rendre publiques des informations pouvant potentiellement nuire à la sécurité nationale

Un tel fardeau pourrait alors reposer sur les lanceurs d'alerte, qui sont souvent les premiers témoins des violations de l'intérêt général intervenant dans les organisations publiques et privées. Cela conduirait toutefois à faire reposer sur des individus vulnérables la charge de trouver un équilibre entre secret et intérêt général et de choisir ce qui doit être divulgué ou maintenu secret, alors même

---

<sup>1</sup> Auteur Jean Philippe Foegle

<sup>2</sup> Cour.EDH, Gr. Ch., 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie, Req. n° 18030/11

<sup>3</sup> Idem, §161 et 162

<sup>4</sup> Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, Bucur et Toma contre Roumanie, req. n° 40238/02, §102.

<sup>5</sup> Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 2nd ed., 1986.

que ceux-ci sont rarement en mesure d'avoir une vision complète de ce qui est dénoncé en raison de leur accès nécessairement partiel à l'information. Une solution – certes insatisfaisante – pourrait être trouvée en mettant en œuvre dans les droits internes les principes dits « de Tswayne » sur la sécurité nationale et l'accès à l'information. Le principe 43 des « Principes de Tshwane » exigent « que les agents publics bénéficient d'une exception de « défense de l'intérêt public » » et ce « même lorsqu'ils font l'objet de poursuites pénales ou civiles pour avoir fait des révélations qui n'étaient pas protégées par ces principes », dès lors que l'intérêt général présenté par la divulgation de l'information en question prévaut sur l'intérêt général qu'il y aurait à ne pas la divulguer.

Il serait en outre naturel de faire reposer sur les journalistes la responsabilité de trouver un équilibre satisfaisant entre secret et intérêt public. En effet, il appartient au journaliste de jouer le rôle d'intermédiaire (Gatekeeper) capable d'évaluer l'intérêt d'une publication au regard de son intérêt pour le public, mais également du dommage potentiellement causé à la sécurité nationale dans l'hypothèse d'une publication. Toutefois, la difficulté à avoir accès à de telles informations et les risques encourus par les journalistes comme pour les sources lorsque des informations secret-défense sont divulguées constituent une entrave croissante au rôle de la presse en la matière.

Enfin, s'il est possible de compter sur les Parlements et des commissions d'enquête habilitées à connaître de secrets pour parvenir à l'équilibre susmentionné, il paraît peu probable que ceux-ci puissent de manière effective s'opposer aux abus des secrets, en particulier lorsque ceux-ci sont justifiés par la nécessité de sauvegarder la sécurité nationale et aux relations diplomatiques. Comme le souligne Rahul Sagar<sup>6</sup>, permettre à un petit nombre d'élus de connaître des secrets du pouvoir exécutif ne dissipera pas les craintes du public quant à une utilisation abusive du secret. Tout au contraire, les membres de ce groupe restreint deviendront eux-mêmes des objets de suspicion dans la mesure où leur propre comportement de surveillants est à l'abri de la vue du public

Ce bref aperçu des solutions envisageables s'agissant de trouver un équilibre entre secret et transparence démontre la difficulté de résoudre la quadrature du cercle en la matière. Loin d'être un obstacle insurmontable, une telle difficulté constitue une source de controverses susceptibles d'alimenter le débat public et de dynamiser la démocratie. Reste néanmoins à poser les termes du débat de telle façon qu'il n'érige ni le secret, ni la transparence, en nouvel opium des peuples.

---

<sup>6</sup> Rahul Sagar, *Secrets and leaks: the dilemma of state secrecy*, Princeton University Press, 2016