

LA TRANSPARENCE
EN POLITIQUE



© Collection « Colloques & Essais »
éditée par l'Institut Universitaire Varenne
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Diffusion : L.G.D.J - lextenso éditions

Illustration de couverture :
Le Louvre
(cliché Sylvie Fourier et Michel Freulon)

ISSN 2269-0719
ISBN 978-2-37032-003-2
Dépôt légal : quatrième trimestre 2013

*Sous la direction scientifique
de Nathalie DROIN et Elsa FOREY*

LA TRANSPARENCE EN POLITIQUE



2 0 1 3

Propos introductifs

Elsa FOREY

L'actualité politique récente aura mis en honneur deux termes antinomiques de la langue française, « transparence » et « mensonge », tous deux élus mots de l'année 2013, par un jury de lexicologues, sociologues et journalistes pour le premier, par 75 000 internautes pour le second¹. En réalité, la popularité dont jouit le terme de « transparence » n'est pas nouvelle² et la doctrine juridique lui a déjà consacré plusieurs travaux³. Toutefois, ces derniers se limitent, pour la plupart, à un domaine bien circonscrit (le droit des affaires, le droit de la concurrence, le service public local par exemple) et les ouvrages, plus rares, qui invitent à une réflexion générale sur la notion de transparence le font à partir de l'accès aux documents administratifs pour les uns⁴, à partir de la transparence de l'Union

- 1 Festival du mot organisé à la Charité-sur-Loire du 25 mai au 3 juin 2013 et présidé par le lexicographe Alain Rey.
- 2 Selon Magali BESSONE, les journalistes en faisaient déjà le mot de l'année 2010 (« La norme de transparence, contrôle du pouvoir ou contrôle du réel ? Du droit de regard des citoyens à l'effacement du sujet », <http://www.raison-publique.fr/article446.html>).
- 3 Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, PUF, 1987 ; CURAPP, *Information et transparence administratives*, PUF, 1988 ; Joël RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1998 ; *Transparence et secret, Pouvoirs*, n° 97, 2001 ; plus récemment, Jean-François KERLEO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, thèse soutenue à l'Université Lyon 3, 2012.
- 4 Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, *op. cit.*, CURAPP, *Information et transparence administrative*, *op. cit.*

européenne pour les autres⁵. En organisant le colloque dont cet ouvrage est extrait, nous avons souhaité poursuivre cette réflexion en l'actualisant et en l'orientant sur la transparence dans le champ politique.

Le sujet alimente presque quotidiennement les médias depuis les dernières affaires politico-judiciaires⁶. Il revient de façon récurrente dans le discours politique, brouillant les clivages politiques traditionnels pour ce qui est du degré de transparence acceptable. Les plus hautes autorités politiques lui accordent un intérêt particulier⁷ en réponse au supposé besoin/désir de transparence qui traverserait la société civile. Aucune institution politique ne semble y échapper, ni les institutions de l'Union européenne, la transparence étant ici destinée à pallier l'éloignement entre l'élus et le citoyen, ni les institutions nationales, ni les institutions locales enfin, lesquelles sont tout autant que les autres institutions concernées par la transparence des budgets locaux et celle du processus décisionnel et par la question des conflits d'intérêts des élus. Certains ont pu parler du « règne »⁸ d'une « manie »⁹ de la transparence ou même d'une « transparence névrotique »¹⁰ sur laquelle il nous a semblé intéressant de nous arrêter.

La notion divise plus qu'elle ne rassemble. Comme le souligne Thierry Libaert, « *la transparence politique doit être comprise par ses deux aspects : celui du corps social mais aussi celui du corps politique et les deux évoluent en sens inverse. Le régime totalitaire exige une transparence absolue du corps social mais sa gouvernance est totalement opaque. Le régime de la démocratie représentative exerce une surveillance sociale moyenne et ouvre ses institutions aux contre-pouvoirs d'investigation et de contrôle* »¹¹. S'il est nécessaire de limiter la

5 Joël RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique*, op. cit.

6 Sur les liens entre la justice et les médias, voir Yves POIRMEUR, *Justice et médias*, L.G.D.J., 2012.

7 C'est ainsi qu'il faut interpréter la création, par deux Présidents de la République, de commissions chargées de résoudre la question des conflits d'intérêts : décret n° 2010- 1072 du 10 septembre 2010, instaurant une Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, JO n° 211 du 11 septembre 2010, p. 16505 ; décret n° 2012- 875 du 16 juillet 2012 portant création d'une Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, JO n° 164 du 17 juillet 2012, p. 11680.

8 Jean-Denis BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Transparence et secret*, op. cit., p. 5.

9 Guy CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Transparence et secret*, op. cit., p. 21.

10 *Ibid.*, p. 20.

11 Thierry LIBAERT, *La transparence en trompe-l'œil*, Éd. Descartes, 2003, p. 51. Comme le suggère cet auteur, la transparence du corps social qui caractérise les régimes totalitaires n'est pas totalement exclue des régimes démocratiques, en témoigne le développement de la vidéosurveillance et plus récemment les révélations faites dans le journal *Le Monde* sur le système de collecte et de stockage des communications électromagnétiques (mails, SMS, relevés d'appels téléphoniques, accès à Facebook,

transparence du corps social à ce qu'exige le maintien de l'ordre public, qu'en est-il de la transparence du corps politique ? Est-elle un idéal à atteindre, un remède à la crise de la démocratie ? Les réponses divergent et opposent ceux qui envisagent la transparence comme une exigence essentielle de la démocratie¹² et ceux qui dénoncent « *une idéologie de la transparence* »¹³ très éloignée de tout idéal démocratique. Ceci résulte probablement du fait qu'on ne s'accorde pas encore sur ce que recouvre la notion de transparence dont Jacques Chevallier avait dit très justement qu'elle offrait « *l'étonnant paradoxe d'un concept qui, postulant la clarté, la lumière, est lui-même chargé d'opacité* »¹⁴.

Il est vrai, pour commencer, que la notion n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Elle est devenue pourtant incontournable, s'imposant au détriment d'autres notions voisines (à commencer par celle de publicité). Il faut sans doute chercher les raisons de ce succès dans sa capacité à synthétiser différentes notions, ce qui ne contribue pas, en contrepartie, à la clarté de la notion. « *La transparence est redoutablement polysémique* », comme le relève Magali Bessone¹⁵. Ce n'est pas récent. Sandrine Baume identifie chez des auteurs de la seconde moitié du XVIII^e siècle plusieurs notions qui sont associées à celle de transparence (laquelle n'est pas toujours employée explicitement d'ailleurs par ces auteurs) : la légalité, la moralité, la véracité et l'intelligibilité, le contrôle et la responsabilité politique et enfin l'honneur. Elle formule l'hypothèse selon laquelle « *les cinq associations retenues forment des composantes importantes des discussions actuelles sur le concept de transparence* »¹⁶. Celui-ci reste en effet associé à diverses notions que l'on peut présenter ainsi : légalité/intelligibilité ; moralité/véracité/honneur ; contrôle/responsabilité.

Twitter) mis en place par la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) et dans lequel puisent plusieurs services de renseignements (dont la Direction centrale du renseignement intérieur). Comme le relèvent Jacques FOLLOROU et Franck JOHANNÈS, « *le dispositif est évidemment précieux pour lutter contre le terrorisme. Mais il permet d'espionner n'importe qui, n'importe quand* » (« Révélation sur le Big Brother français », *Le Monde*, 5 juillet 2013, p. 8).

- 12** Cela est rappelé également par ceux qui s'intéressent à la transparence administrative et qui en font un élément clé de la démocratie administrative, cf. à ce sujet le rapport du Conseil d'État de 2011, *Consulter autrement. Participer effectivement*, La Documentation française, 2011.
- 13** Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éd. du Seuil, 2006, p. 262.
- 14** Jacques CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », in CURAPP, *Information et transparence administratives*, op. cit., p. 251.
- 15** Magali BESSONE, « La norme de transparence, contrôle du pouvoir ou contrôle du réel ? Du droit de regard des citoyens à l'effacement du sujet », op. cit.
- 16** Sandrine BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires politiques. Origines et sens d'une exigence », <https://www.raison-publique.fr/article459.html>.

Affublée du qualificatif « juridique », la transparence est associée à la légalité/intelligibilité – autrement dit à la qualité de la norme en complément de la légalité et de l'accès au droit que garantit déjà la publicité.

L'association de la transparence avec la composante contrôle/responsabilité politique¹⁷ reste primordiale également, comme le rappelle le code de déontologie de l'Assemblée nationale dans son article 4 intitulé « La responsabilité », au terme duquel : « *Les députés doivent rendre compte de leurs décisions et de leurs actions aux citoyens qu'ils représentent. A cette fin, les députés doivent agir de manière transparente dans l'exercice de leur mandat* ». Transparence, responsabilité et représentation sont indissociables. « *La représentation ne peut trouver de place que dans la sphère de la vie publique. Il n'y a pas de représentation qui ait lieu en secret et entre quatre yeux* » relevait Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*¹⁸. La représentation, comme le souligne également Norberto Bobbio, doit être comprise comme une « *façon de présenter, de rendre présent, de faire devenir visible ce qui autrement resterait caché* »¹⁹. Elle s'accompagne du contrôle/responsabilité, qui implique que le pouvoir soit visible. En ce sens, on peut dire que l'exigence de transparence, qui incombe aux gouvernants, est propre à renforcer le contrôle du corps politique, puisqu'il sort du cercle des organes étatiques pour être également le fait du corps social. Comme le souligne Norberto Bobbio, « *le fait que toutes les décisions, et de manière générale, tous les actes des gouvernants soient connus du peuple souverain a toujours été considéré comme l'un des points cardinaux du régime démocratique, défini comme le gouvernement direct du peuple ou contrôlé par le peuple (et comment pourrait-il être contrôlé s'il se tenait caché ?)* »²⁰. Ce qui est en jeu ici, c'est la légitimité des gouvernants à représenter les gouvernés, laquelle doit pouvoir être appréciée par ces derniers.

L'article 5 du code de déontologie de l'Assemblée nationale, qui est consacré à la probité, met l'accent sur un autre aspect de la transparence qui revêt une importance croissante aujourd'hui. Il s'agit de la moralisation de la

17 Celle-ci étant entendue dans son sens large comme étant l'obligation de répondre de ses actes politiques, c'est-à-dire non pas seulement d'en assumer la responsabilité mais aussi d'en rendre compte, de s'expliquer.

18 *Théorie de la Constitution*, 16, III, cité par Norberto BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, Éd. du Seuil, 2007, p. 189. Rappelons que l'émergence de la notion de transparence/publicité est d'ailleurs contemporaine de la mise en place de gouvernements représentatifs à la fin du XVIII^e siècle, comme le montre très bien Sandrine BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires politiques. Origines et sens d'une exigence », *op. cit.* Avant cela, les actes du pouvoir étaient tenus secrets, ce qui contraste d'ailleurs avec les actes qui relèveraient aujourd'hui de la vie privée et qui étaient autrefois rendus publics (Voir certains écrits décrivant au XVIII^e siècle l'accouchement de la reine en public et l'ouverture de la chambre du roi ouverte au tout venant). cf. Bernard BEIGNIER, « La protection de la vie privée », in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2009, p. 190.

19 Norberto BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 189.

20 *Ibid.*, p. 188-189.

vie publique. L'ancien Président de la République appelait de ses vœux une République « *irréprochable* », l'actuel souhaite une République « *exemplaire* ». Ce lexique renvoie aux qualités et aux vertus personnelles des gouvernants. C'est ici la transparence « *habillée du rassurant manteau de la vertu* », selon la formule de J.-D. Bredin²¹. Cette conception n'est pas nouvelle. « *La transparence est la vertu des belles âmes* », écrivait déjà Rousseau²². Elle est toutefois valorisée aujourd'hui en réaction à plusieurs affaires politico-judiciaires et cela n'est pas sans conséquence sur le fonctionnement démocratique car si les vertus personnelles des dirigeants politiques sont exposées comme « *élément- clef de leur crédibilité* »²³, n'est-ce pas au détriment des « *objectifs proprement politiques* »²⁴ ? L'importance de la question des conflits d'intérêts et l'introduction de codes de déontologie dans les assemblées parlementaires témoignent de cette évolution vers une forme de dépolitisation de l'élu dont on attend un comportement exemplaire (à l'instar, remarquons-le, des agents publics, avec lesquels le parallèle est fait par le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique à propos des conflits d'intérêts²⁵). En ce sens, on peut se demander si cette exigence de transparence/moralisation ne tend pas à « *se substituer* – comme l'avait souligné Pierre Rosanvallon – à un *exercice de la responsabilité* » – politique – sur lequel d'ailleurs le rapport précité de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique ne dit mot.

Le deuxième point qui a retenu notre attention est celui de la transparence comme remède à la crise de confiance entre gouvernés et gouvernants, laquelle n'en finit pas de traverser la démocratie, comme vient encore de le rappeler le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique²⁶. « *L'œil du public rend vertueux l'homme d'État* », selon la formule de Bentham. Cette idée – ou peut-être cette croyance – est présente dans les travaux sur les conflits d'intérêts, qui tous préconisent une politique de prévention. Comme le relève le rapport Jospin, « *un enjeu essentiel pour la rénovation de la vie publique se situe en amont : il importe de prévenir les situations de conflits d'intérêts* »²⁷. Pour autant, cette politique préventive ne

21 Jean-Denis BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Transparence et secret, op. cit.*, p. 5.

22 Cité par Jean-Denis BREDIN, *ibid.*, p. 5. Voir également Jean STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau : La transparence et l'obstacle*, Gallimard, 1971.

23 Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance, op. cit.*, p. 53.

24 *Ibid.*, p. 262.

25 *Pour un renouveau démocratique*, rapport remis au Président de la République en novembre 2012 et publié à La Documentation française, 2012, p. 83.

26 *Ibid.*, p. 4.

27 *Ibid.*, p. 83.

devrait-elle pas s'accompagner de mécanismes répressifs pour être efficace ? Certains existent mais les dispositifs mis en place par les deux assemblées parlementaires prévoient de nombreuses mesures préventives et peu de sanctions en retour²⁸. Le code de déontologie de l'Assemblée nationale, dans son article 5, prévoit de manière assez vague que « *les députés ont le devoir de faire connaître tout intérêt personnel qui pourrait interférer dans leur action publique et prendre toute disposition pour résoudre un tel conflit d'intérêts au profit du seul intérêt général* ». Il faut chercher des précisions dans la décision du bureau du 6 avril 2011 relative au respect du code de déontologie des députés qui impose aux députés une déclaration de leurs intérêts personnels et des dons et avantages d'une valeur supérieure à 150 euros dont ils ont bénéficié. L'article 5 de cette décision instaure en outre une procédure en manquement. En cas d'absence de dépôt d'une déclaration d'intérêts, de déclaration fautive ou incomplète ou en cas de méconnaissance de l'un des principes énoncés dans le code de déontologie, « *le déontologue en informe le député concerné ainsi que le président de l'Assemblée nationale. Il fait au député toutes préconisations nécessaires pour lui permettre de se conformer à ses devoirs. Si le député conteste avoir manqué à ses devoirs ou estime ne pas devoir suivre les préconisations du déontologue, le déontologue de l'Assemblée nationale saisit le président de l'Assemblée nationale, qui doit alors saisir le Bureau afin que celui-ci statue, dans les deux mois, sur ce manquement. Cette saisine n'est pas rendue publique. [...] Si le Bureau conclut à l'existence d'un manquement, il rend publiques ses conclusions. Il en informe le député qui doit prendre toutes dispositions pour se conformer à ses devoirs* ». Comme le souligne Mustapha Mekki, « *les sanctions sont peu explicites et peu dissuasives* »²⁹. Elles ne le sont guère davantage au Sénat malgré la mise en place d'un Comité de déontologie parlementaire et la publication sur le site de cette assemblée de déclarations d'intérêts en sus des déclarations d'activités.

Si elles ne font pas l'objet d'un contrôle effectif, toutes ces déclarations sont d'un effet limité. Il est peu probable en effet qu'un parlementaire – comme un ministre – déclare détenir un compte bancaire illégal à l'étranger. La transparence restreinte à la déclaration laisse subsister le mensonge, à moins de considérer que la transparence, contrairement à la publicité, n'est jamais mensongère. Cette conception de la transparence associée à la véracité, outre qu'elle relève de la gageure, n'est pas sans ambiguïté comme le suggèrent certains écrits sur le totalitarisme. À tout le moins, on peut voir dans cette exigence de transparence prenant la forme de déclarations « *un choix de paresse, contraire aux principes élémentaires de la liberté* »,

²⁸ Voir sur cette question, Mustapha MEKKI, « Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir », *JCP*, G, 2011, p. 1130-1134.

²⁹ *Ibid.*, p. 1131.

pour reprendre les mots de Guy Carcassonne. Car, ajoutait-il : « *plutôt que d'établir la preuve d'une infraction ou d'un dysfonctionnement, s'ils se produisent, l'on en renverse le fardeau en imposant par la transparence et dans l'espoir naïf que cette exigence préviendra tout manquement, de rendre des comptes a priori. Car c'est bien de cela qu'il s'agit en dernière analyse : imposer partout, toujours et systématiquement un régime préventif, celui dont les juristes savent bien qu'il est le plus restrictif de liberté* »³⁰.

Pour pallier les lacunes du dispositif préventif, la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique³¹ instaure une Haute autorité de la transparence de la vie publique (dotée du statut d'autorité administrative indépendante) à la place de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, qui était chargée jusque-là de sanctionner la méconnaissance des obligations de déclaration de patrimoines incombant aux élus. Outre qu'elle n'est pas limitée au contrôle de ces déclarations³², cette nouvelle autorité se voit confier des prérogatives, que n'avait pas l'ancienne Commission, pour être en mesure de vérifier l'exactitude du contenu des déclarations. Elle devrait ainsi pouvoir solliciter plus largement qu'aujourd'hui l'administration fiscale et user d'un pouvoir d'injonction à l'égard des membres du gouvernement et du parlement afin que ceux-ci lui transmettent les informations demandées. Des sanctions pénales assez lourdes sont en outre prévues en cas de déclaration mensongère ou incomplète.

Sans un renforcement des contrôles et des sanctions, cette politique de transparence de la vie politique³³ ne peut être qu'un moyen supplémentaire, à l'instar de certains mécanismes participatifs, de légitimer l'élu ou de faire taire les polémiques comme cela ressort d'une lettre de mission de l'ancien Président de la République à une Commission de réflexion sur les institutions de la V^e République, lettre dans laquelle il est question de faire la transparence sur le budget de l'Élysée³⁴. Cette exploitation de la transparence comme gage de confiance des citoyens en l'élu n'est pas sans ambivalence si

30 Guy CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 23.

31 Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO* n° 238 du 12 octobre 2013. Voir également loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO* n° 238 du 12 octobre 2013.

32 Elle se voit confier également le contrôle des déclarations d'intérêts.

33 Les lois mentionnées précédemment envisagent plus largement la « vie publique » dès lors que la transparence n'est pas limitée ici aux gouvernants mais vise aussi certains agents publics.

34 « *Je souhaite que le budget de la Présidence de la République ne soit plus un objet de polémique* » (Lettre du 18 juillet 2007, in *Une V^e République plus démocratique* (annexes), Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, La Documentation française, 2007, p. 107.

on considère, à l'inverse, que la défiance, dès lors qu'elle pousse à un contrôle permanent de l'action politique, à une plus grande vigilance des citoyens, peut, elle aussi, être érigée en « *vertu démocratique active* »³⁵, en « *gardienne des droits des peuples* » selon l'expression de Robespierre³⁶.

La dernière question qui se pose est celle de savoir ce qu'il est souhaitable de rendre transparent et dans quelles limites ? Il n'est sans doute pas utile ni souhaitable de rendre tout transparent. Les risques ont été déjà dénoncés : déplacement de la prise de décision dans des cercles plus restreints³⁷, manque d'audace au profit d'un conformisme frileux³⁸, désacralisation de l'État... Plus que la transparence, c'est peut-être son excès qui est le plus stigmatisé. Mais peut-on parler d'un excès de transparence aujourd'hui ? Les discours ne dépassent-ils pas la réalité ?

Toutes ces interrogations traversent cet ouvrage dans lequel il sera question de l'émergence de la notion de transparence dans la pensée politique, dans le discours politique actuel et dans la jurisprudence puis de sa traduction dans le droit positif avec la transparence des gouvernants et celle de l'action publique.

35 Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 36.

36 Cité par Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Fayard, 1989, p. 197, cité par Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 36.

37 Jean-Marc SAUVÉ, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », in *Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?*, colloque organisé par Transparence International France, Assemblée nationale, 5 juillet 2011, exposé d'ouverture publié sur le site du Conseil d'État.

38 Guy CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », op. cit., p. 22.

PREMIÈRE PARTIE

ÉMERGENCE ET CONSTRUCTION
DE LA NOTION DE TRANSPARENCE

PREMIÈRE SECTION

*LA TRANSPARENCE
DANS LA PENSÉE POLITIQUE*

Transparence et démocratie sont-elles vraiment compatibles ?*

Raphaël DRAÏ

Le risque inhérent aux interrogations globales de cette sorte est de les confiner dans un jeu de concepts, en l'occurrence celui de démocratie et celui de transparence, dont il n'est pas sûr que le sens de chacun soit assuré, et encore moins celui de leur mise en rapport. En principe, il semble aller de soi qu'une « démocratie non transparente » ne serait qu'une contradiction dans les termes. Il ne va pas moins de soi qu'une démocratie qui se voudrait totalement transparente ou qui entreprendrait d'imposer cette exigence à tous ses membres confinerait à la dictature, interne et externe, celle qui s'exerce sur les corps et celle qui subjugué les pensées¹. Cependant, le fait même de s'interroger à ce propos atteste qu'une identité complète entre régime démocratique et transparence reste matière à questionnement, selon les deux raisons suivantes qu'il faut aborder en introduction pour la mise en place d'une analyse qui se veuille aussi claire que possible.

Le concept de démocratie, malmené par les pratiques des démocraties populaires du XX^e siècle, ne s'impose pas avec une évidence flagrante. Il nous faut en préciser les contours et la teneur avec ses acceptions recevables. Bien sûr, depuis la chute du Mur de Berlin, la Démocratie, avec un D majuscule, est devenue le régime *princeps* de la planète politique. Cependant, il

* La présente communication a été rédigée avant l'affaire Cahuzac et ses suites législatives, suites laborieuses sur lesquelles il serait prématuré de porter un jugement. Le moment venu, on en analysera l'usage effectif.

1 Hanna ARENDT, *Le totalitarisme*, in *Les origines du totalitarisme*, Gallimard « Quarto », 2006.

n'a pas fallu attendre longtemps pour constater qu'elle ne s'établit pas aussi facilement qu'on aurait pu l'imaginer ou l'espérer lorsque le totalitarisme ou que la dictature sévissait ; qu'elle peine à trouver son sens autrement que dans des appellations ou des labellisations hâtives ; qu'elle est contredite par la difficulté d'établir dans les régimes qui s'en réclament de réelles libertés publiques, un marché qui ne soit pas le champ libre des affairistes, une société civile qui ne souffre pas d'une néo-militarisation, et d'un État qui fût réellement souverain, si la souveraineté effective se constate par les quatre formes principales d'autonomie : l'autonomie alimentaire, l'autonomie médicale, l'autonomie logistique, et l'autonomie éducative, toutes quatre n'excluant d'ailleurs aucune forme de coopération qui, au contraire, les favorise². Mais, même dans les pays incontestablement démocratiques, des maux endémiques tels que la persistance du chômage, la rémanence des confessionnalismes, la déliquescence de l'esthétique, conduisent à s'interroger sur la possibilité, *horresco referens*, d'une *post-démocratie*³.

Le concept de transparence, si c'en est un, n'est pas moins sujet à discussion. S'il trouve négativement son sens premier dans le rejet de l'opacité qui reste l'une des marques des États liberticides et des sociétés policières à défaut d'être policées, son sens propre requiert une définition plus précise, comme on le constatera plus loin à partir d'une observation de Hanna Arendt dans ses *Cahiers*. Toutefois, l'actuelle référence multiple à la transparence, dans tous les domaines de l'existence ou du fonctionnement des institutions, des partis politiques aux entreprises privées ou publiques, en passant par l'Église, ne se réduit-elle pas à un effet de mode, à ces formes d'entraînement verbal qui sont dans le domaine sociologique et politique l'équivalent des « scies », dans le domaine musical ? Une référence devenue tellement omniprésente et « omnipressante » que l'on se demande comment elle pourrait rester compatible avec d'autres exigences des régimes démocratiques, notamment le besoin de discrétion, la protection de la vie privée, la sauvegarde des secrets professionnels (médical, bancaire, éditoriaux, etc.).

La prolifération d'un mot, la dissémination d'une notion, l'inflation d'un concept ne signifient pas forcément qu'ils soient de bon aloi. Il est des formes de contagion verbale comparables aux contagions psychiques ou biologiques. Celle du mot « communication » en serait un autre exemple. Au risque d'ailleurs que par une telle surexploitation non seulement le vocable, la notion et le concept se retrouvent démonétisés mais que la valeur qu'ils désignaient perde cette qualité et parfois mute en son inverse, la médiation, par exemple, devenant médiatisation.

² Stéphane COURTOIS *et al.* (dir.), *Démocratie et révolution*, Cerf, 2012.

³ Cf. Raphaël DRAÏ, *L'État purgatoire. La tentation post-démocratique*, Michalon, 2006.

C'est pourquoi, et afin de préserver justement cette valeur là par la préservation de ses applications adéquates, il importe de mieux définir ce que l'on entend par démocratie et par transparence, ainsi que leur mise en relation.

I. DÉMOCRATIE ET TRANSPARENCE : ENTRE TAUTOLOGIE ET ILLUSION

L'idée de démocratie peut se comprendre et se présenter de bien des manières qui ne sont pas exclusives entre elles et qui se condensent dans cette formulation qui a l'avantage d'être constitutionnelle : la démocratie est le régime politique exercé *par* le peuple et *pour* le peuple⁴. Les deux critères ne se juxtaposent pas. Ils se valident réciproquement. Le premier concerne les modalités d'exercice du pouvoir dans ce type de régime : sans privilèges ni discrimination, et tendant à son exercice quasiment collectif, quelles qu'en soient les modalités, institutionnelles, procédurales et techniques. Le second concerne ses finalités : un régime démocratique non pas d'apparence mais *qualifié* ne saurait bénéficier à un groupe restreint, en laissant telle ou telle partie du « corps » social et politique hors-régime, *de jure* et *de facto*. Ce n'est le cas ni dans les régimes aristocratiques ni à plus forte raison dans les régimes despotiques. Le rejet de ces deux dernières « formes » de régime ne signifie pas forcément que l'ère de la démocratie parfaite soit déjà advenue, et l'on a indiqué pourquoi en introduction. Pour nombre de sociétés démocratiques – et plus particulièrement pour la société française –, il suffit de rappeler la persistance du chômage qui les afflige alors que le plein emploi, en tout cas pour la France, est affirmé, pour ne pas dire affiché, en objectif « à valeur constitutionnelle » dans le Préambule de la Constitution de 1946, repris par la Constitution de 1958⁵. La persistance de tels maux, la routinisation de ces situations anormiques et « anormiques », expose au danger de relativiser la valeur démocratique elle-même. À force de répéter, sous la contrainte des faits et par l'accumulation des échecs, que tous les gouvernements confrontés à ces difficultés de longue durée se ressemblent dans l'impuissance, si ce n'est dans l'impéritie et la corruption, le sens même de la démocratie risque de ne plus être intelligible, tandis que l'exigence de transparence ne serait plus reçue, comme on l'a dit, qu'en tant qu'effet de mode, de cosmétique ou de leurre, avec une sorte de nostalgie pour les régimes pré-démocratiques

⁴ Constitution de la V^e République.

⁵ Cf. Raphaël DRAÏ, *L'État purgatoire, La tentation post-démocratique*, op. cit.

ou non démocratiques, rétrospectivement absous de leurs tares et dont on occulterait la véritable nature.

Une nature qu'il convient de rappeler inlassablement, selon la typologie de Montesquieu : « *Dans les États despotiques, la nature du gouvernement demande une obéissance extrême ; et la volonté du Prince une fois connue doit avoir son effet aussi infailliblement qu'une boule doit avoir le sien* ». Dans un tel régime, ajoute Montesquieu : « *Il n'y a aucune communication ni délibération, de tempérament ou d'accommodement des termes. L'homme y est une créature qui obéit à une créature qui veut* »⁶.

Cette définition dont nous retrouverons les termes et les intentionnalités établit clairement en quoi un régime despotique, ainsi entendu, est bien le négatif intégral et systématique du régime démocratique et en quoi il altère la notion de transparence. La structure même de la relation politique despotique se caractérise par son unilatéralité. Dans cette relation, il n'y a pas et il ne peut y avoir qu'une seule volonté digne de ce nom, celle du sujet soumis, subjugué, devant répondre mécaniquement à celle du Prince et ne pouvant comporter une valeur en elle-même, ni avoir d'effet par elle-même. La volonté du Prince est strictement déclarative. Elle fait loi de soi. À part la restriction mentale et la dissimulation, aucune opposition n'y est permise ni praticable. Les termes utilisés ensuite par Montesquieu pour caractériser le despotisme *pratique*, si l'on pouvait ainsi le qualifier, semblent se suffire. Ils confortent et précisent cet unilatéralisme qui s'impose dans l'ordre de la pensée, du langage et finalement de la manière d'être des « obéissants ». L'impossibilité de la communication – terme que l'on trouve ici dans son contexte politologique le plus originel –, celle de la délibération et du compromis, le soulignent à présent au regard des dispositifs verbaux et dans les modalités procédurales qui qualifient le régime démocratique au sens le plus actuel chez les plus fameux des théoriciens contemporains de la démocratie « réelle » ou effective, celle qui est validée non par les slogans qu'elle déploie mais par les comportements qu'elle suscite⁷. Pourquoi cette analyse du despotisme implique-t-elle également une altération de la notion de transparence ? Dans un tel régime, aucun sujet ne saurait détenir aucun secret vis-à-vis du Prince. Il ne saurait se prévaloir d'aucun sanctuaire intime⁸, d'aucun for intérieur. Au contraire : il doit être totalement translucide au regard du Prince et de ceux qui le servent, dans une totale fusion des esprits et une complète identification des volontés. Les métaphores chromatiques sont parlantes en

⁶ *L'esprit des Loix*.

⁷ Cf. Charles GIRARD et Alice Le GOFF, *La Démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Hermann, 2011.

⁸ Cf. Michael MANN, *The Dark Side Of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge UP, 2005 ; et Lenard J. COHEN et John R. LAMPE, *Embracing Democracy in The Western Balkans*, John Hopkins UP, 2011.

ce domaine lorsqu'elles associent le fonctionnement du despotisme, avéré ou rampant, avec le règne opaque des « éminences grises » et les menées tortueuses des « cabinets noirs ».

Ce qui conduit nécessairement à mieux définir le concept de transparence, une transparence adéquate à la substance propre du sujet, à la densité de son être, à ce que l'on pourrait appeler sa consistance ontologique, celle que ne peut transpercer ni le regard d'autrui ni la surveillance policière du Prince despote. La transparence est une modalité de la luminosité⁹. Elle est bien antinomique avec l'opacité et l'obscurité, en termes d'optique physique, et avec l'obnubilation et l'obscurantisme sur les plans psychique et intellectuel. Un état physique ou psychologique mérite le qualificatif de transparent lorsqu'il ne fait pas obstacle réfractaire à la diffusion d'un rayon lumineux. Un corps est lui-même qualifié de lumineux lorsqu'il conduit ce rayon au travers de soi sans l'offusquer mais sans que lui-même ne perde de sa consistance. Un visage lumineux est un visage devenu source de lumière. Une argumentation lumineuse mènera sans diffraction ni détours les raisons de l'esprit qui argumente à celui qui le reçoit, l'écoute et l'entend. La transparence n'est jamais absolue. Elle dépend de la disposition réciproque de ces pôles et de ces éléments. Elle permet ainsi la modulation d'un rayon lumineux ou d'un flux d'information dans le champ « conducteur » de la communication non pas machinale mais inter-humaine. Elle n'exclut pas les intermittences, si ce n'est les moments d'arrêt. En tout cas, elle ne contraint pas à l'exécution immédiate, irréfléchie, quasiment réflexologique d'une parole qui se voudrait injonctive et sans réplique. La transparence, au sens démocratique, n'exclut ni la discrétion ni, en cas de besoin, le silence et le secret qui doivent être respectés en tant que tels. Elle préserve la bipolarisation entre espace public et espace privé, de sorte que l'un et l'autre n'apparaissent pas antinomiques mais complémentaires, correspondant à différents niveaux de l'existence, à différentes phases et rythmes de celle-ci, de même que la systole et la diastole correspondent à différentes phases du rythme cardiaque et de la circulation sanguine. Ainsi se constitue dans l'ordre privé et dans l'ordre public, corrélés, une communication des pensées claires ; une intersubjectivité au sens de Husserl¹⁰, la rencontre de deux intentionnalités vivaces en vue de constituer une communauté d'existence, comme l'explique *La Krisis*, ouvrage capital de la phénoménologie qui prend toute sa signification politologique lorsqu'on rappelle qu'il fut élaboré et transcrit en pleine montée du nazisme¹¹.

⁹ Cf. Trinh XUAN THUAN, *Les voies de la lumière. Physique et métaphysique du clair-obscur*, Gallimard, « Folio », 2008.

¹⁰ Cf. Edmund HUSSERL, *Sur l'intersubjectivité*, PUF, 2001.

¹¹ Cf. Nathalie DEPRAZ, *E. Husserl. La Crise de l'humanité européenne et la philosophie*, Hatier, 1998.

II. TRANSPARENCE ET PHILOSOPHIE DES LUMIÈRES

Et pourtant, est-il sûr que le concept de transparence soit devenu lui-même un peu plus ... transparent ? Correspond-il aux attentes sinon aux critères de la philosophie des Lumières ? Interrogation indispensable en raison des affinités manifestes entre ces deux termes. Le texte de référence, presque la profession de foi en la matière, reste l'écrit de Kant : « Qu'est-ce que les Lumières ? » avec son mot d'ordre : « *Saperer aude* », « Ose savoir »¹². Tout être humain est doué d'entendement et n'a besoin d'aucune tutelle pour le mettre en œuvre et pour valider son existence. Pour peu qu'il l'ose, qu'il s'affranchisse des dogmes et rejette les chaînes des scolastiques et des censures. L'écrit de Kant date de 1784, d'avant le déclenchement de la Révolution française et d'avant les mémorables trois *Critiques* auxquelles il ouvre la voie. Il se relie de manière paradigmatique au pamphlet politique de Sieyès *Qu'est-ce que le Tiers État ?* qui sera publié au début de 1789. Avec cette réserve qui devrait éviter de se forger des *Lumières* une idée ... idéale. Certes chacun est en mesure d'exercer son entendement par ses propres moyens. Néanmoins, pas plus qu'il n'est une raison « pure » il n'est un entendement parfait et des *Lumières* sans ombres. Ni de révolution sans terreur.

Pour l'instant, seule importe la profession de foi en la matière, et d'ailleurs celle-ci n'est pas sans précédent comme l'atteste cette autre déclaration de Ramsay qui annonce *Le Discours préliminaire de L'Encyclopédie* : « *On réunira les lumières de toutes les nations dans un seul ouvrage qui sera comme un magasin général de tout ce qu'il y a de grand de beau, de lumineux, de solide et d'utile dans tous les arts nobles* »¹³. Au demeurant, la liaison entre la lumière, spirituelle et intellectuelle, et la liberté de pensée se discerne chez maints philosophes antérieurs à Kant. Il convient de le noter non pour amoindrir la pensée de Kant mais, au contraire, pour souligner l'ancienneté de cette préoccupation que, pour sa ruine la plus décisive, la monarchie française n'avait su entendre à temps et dans sa plus juste résonance. Ainsi du dense opuscule de Descartes dont le titre déploie tout un programme : « *La recherche de la vérité par la lumière naturelle* » avec cette explicitation en sous-titre : « *qui toute pure et sans emprunter le secours de la religion et de la philosophie détermine les opinions que doit avoir un honnête homme touchant toutes les choses qui peuvent occuper sa pensée et pénétre dans le secret des plus curieuses sciences* »¹⁴. Pour Descartes, il est une lumière non seulement naturelle mais intégrale.

12 Emmanuel KANT, *Œuvres*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1984 ; et Susan NEIMAN, *Moral Clarity*, Vintage, 2009.

13 Cf. Jean de VIGUERIE, *Histoire et dictionnaire du temps des Lumières, 1715-1789*, Robert Laffont, « Bouquins », 2007, p. 256.

14 Cf. René DESCARTES, *La Recherche de la Vérité par la lumière naturelle*, Le Livre de poche, « Les classiques de la Philosophie », 2010.

Elle est la marque de l'esprit s'établissant de son propre chef, se maintenant par soi-même sans les atelles de la religion ni, ce qui est plus étonnant, de la philosophie – entendons de la scolastique ; un esprit naturellement éclairé et auquel aucun domaine du savoir, serait-il en apparence le plus abscons et *a priori* le plus secret, ne serait interdit.

Pourtant, Descartes ne pêche-t-il pas par présomption et ne construit-il pas la contradiction sur laquelle il butera ? Car si tel est l'effet de cette lumière naturelle, quelle place laisser au doute, qui est également l'une des conditions de la pensée méthodique et l'occasion pour elle de manifester l'évidence de l'existence ? Là encore, il faut prendre garde à ne pas confondre chez des penseurs de cette envergure les déclarations compactées, le « compendium », et la pensée plus méthodique, moins lapidaire. Pour Kant, les *Lumières*, aussi vives qu'elles soient, ne sauraient d'emblée accéder au degré du noumène. Et chez Descartes, l'esprit a beau se vouloir rigoureusement méthodique, il ne saurait résorber d'un coup la part d'inconscient qui gît en toute pensée¹⁵.

Ces réserves-là ne sauraient non plus obscurcir le concept de *Lumières*. On sait que de nombreuses tentatives se sont développées dans cette intention, notamment depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale avec telle ou telle déclaration émanant de l'École de Francfort sur « l'éclipse de la raison » ou d'une certaine catéchèse catholique qui tente par l'imputation aux *Lumières* d'au moins une grande partie des catastrophes du XX^e siècle de faire oublier sa propre implication dans leur survenue, ou de la relativiser. A l'orée de la pensée philosophique était posé le principe que l'humain était à lui-même son plus grand inconnu et, le sachant, qu'il lui fallait œuvrer désormais à se connaître soi-même. *Gnota seuton* sera le grand principe et l'horizon de l'imprescriptible quête socratique. Sans avoir la possibilité dans le cadre de cette étude de montrer les grandes continuités allant à ce propos de Socrate à Freud, en passant par Montaigne, Shakespeare, Cervantès et Dostoïevski, pour ne citer qu'eux, l'entendement n'a jamais été posé comme déjà advenu, à la fois dans sa réalité et dans ses modes opératoires. Il sollicite l'investigation et le questionnement. D'où la nécessité de sortir de soi, de transgresser le « ptolémaïsme » naïf de l'esprit, ou ce que les psychanalystes désigneraient comme sa phase narcissique la plus morbide parce que la plus rétractile¹⁶.

Ce qui conduit à cette autre interrogation : comment y réussir en faisant de l'entendement simultanément un objet à connaître et le moyen de se connaître¹⁷ ? Rousseau s'y sera essayé, lui qui affirmait au début des *Confessions* : « *Je forme une entreprise qui n'eut jamais d'exemple. Je veux montrer un homme dans toute la vérité de la nature et cet homme se sera moi* ». Pour ajouter

15 Cf. Geneviève LEWIS, *Le problème de l'inconscient et le cartésianisme*, PUF, 1950.

16 André GRENN, *Narcissisme de vie, narcissisme de mort*, Éditions de Minuit, 1983.

17 Cf. Anne MAUREL, *Le Pays intérieur. Voyage au centre du moi*, Robert Laffont, « Bouquins », 2008.

aussitôt : « *Je ne suis fait comme aucun de ceux qui j'ai vus* ». En somme, toute enquête de soi sur soi-même se heurte inexorablement à la question de l'altérité, altérité *intime*, celle du sujet personnel, et altérité *externe* si l'on pouvait ainsi la caractériser du sujet rencontrant autrui, le fameux Autre insu, ténébreux, inconnu, qui hante la pensée contemporaine, que cette rencontre fût fortuite, avenante, ou au contraire collision belligène, comme Rousseau le décrira d'ailleurs en ses deux *Discours* qui annoncent les fameuses analyses de Hegel sur la dialectique du maître et de l'esclave dans la *Phénoménologie de l'esprit*. Il ne faut jamais perdre de vue ces éléments-là. Ils se colligent dans l'hétéronomie intime d'un sujet qui ne saurait éviter sa propre *spaltung*, son clivage intime¹⁸, au point de se diviser contre lui-même avant de rompre avec son (si peu) « prochain ». Ce rappel s'impose lorsqu'on entreprend l'exégèse - le mot n'est pas trop fort - du *Contrat social* et notamment la formation *communiale* de la Volonté générale laquelle présuppose des sujets politiques parfaitement ductiles, absolument transparents les uns vis-à-vis des autres.

D'où cette observation de Hanna Arendt qui explore dans ses *Cahiers* les conditions de possibilité d'une réelle théorie politique et d'une véritable théorie de la Loi : « *Il se pourrait fort bien que la tâche de la politique consistât à édifier un monde qui à vrai dire serait aussi transparent que l'est la Création divine. Ce serait la seule justification possible de l'idée de loi naturelle...* ». Et Hanna Arendt de préciser : « *Les lois sont évaluées en fonction de la norme d'une justice absolue telle qu'il ne peut en exister sur terre parce que personne ne peut appréhender d'un seul coup d'œil la réalité intégrale d'un acte ou de ce qui s'est produit au regard du caractère insondable du cœur humain* »¹⁹. On ne saurait mieux dire pour récuser, comme on l'a vu, tout régime despotique. Au passage l'on doit constater à quel point les théories politiques ne peuvent s'affranchir des références théologiques, souvent interprétées de manière « absolutiste », théocratique et à contre-sens. Selon le récit biblique lu sans préjugés, la création divine n'abolit pas l'obscurité : elle tente de l'éclairer, ni cette part de soi qui échappe à l'entendement individuel immédiat, ce que le Deutéronome formulera de la manière suivante : « *À vous les choses claires, à moi les choses cachées* » (Dt, 29, 28). Cependant ce qui est caché n'est pas refusé à l'entendement humain et n'est pas rétif à la mise en lumière. À condition que celle-ci prenne précisément les voies d'une *recherche*, comme l'indiquent les *Proverbes* de Salomon : « *La gloire de Dieu est de cacher la chose et la gloire des rois la recherche de la chose* » (Pv, 25, 2). Que deviendrait la liberté humaine si un individu quelconque était en mesure de sonder jusque dans ses ultimes fondements le cœur d'un autre être, ou d'avoir sur le champ

¹⁸ Cf. Sigmund FREUD, « Le clivage du moi dans le processus de défense », in *Résultats, idées problèmes*, PUF, 1985, t. II, p. 283.

¹⁹ Cf. Hanna ARENDT, *Journal de pensée (1950-1973)*, Seuil, 2005, t. I, p. 33.

l'intelligence de la totalité d'une conduite ? Il faut parfois des années et toute l'expérience liée au savoir psychanalytique pour discerner la cause d'un acte qui échappe à son auteur²⁰. D'où la sentence de Freud : « *Wo es War Soll Ich Werden* ». Quels qu'en soient les attributs, le sujet ne se constitue que progressivement, en gagnant peu à peu sur l'aire inconscient de sa psyché, sans jamais prétendre à un savoir absolu, non seulement à cause des limites de son entendement mais aussi parce que l'aire inconsciente ne se réduit pas à une zone immuablement circonscrite, comparable à une pièce d'eau close qu'il suffit d'assécher pour en apercevoir le fond. *L'inconscient se reconstitue avec la vie même* dont il est une des modalités de sa régulation en vue d'éviter les surdosages d'informations, les embolies de significances, et aussi les passages à l'acte pulsionnels. En ce sens, le refoulement, assimilable à une procédure de *stand by*, devient pathologique et pathogène seulement lorsque tarde trop sa conversion en opération de jugement, au point de devenir lui-même inconscient par *refoulement secondaire*.

Reconnaître ainsi les limites du concept de transparence, comme on y a insisté, ne signifie pas qu'on lui ôte ses assises et ses raisons d'être, au contraire, c'est mieux assurer les unes et les autres.

III. NÉCESSITÉ DE LA « TRANSPARENCE TRANSPARENTE » ET LES NOUVELLES OPACITÉS

La nécessité de la transparence bien entendue ne résulte pas d'une simple discussion terminologique ou d'une analyse purement théorique des concepts en cause. Elle se déduit des faits mêmes de la vie politique et notamment des obligations *liées à la prise de décision* dans lesquelles on reconnaît les véritables hommes et femmes d'État²¹. Ce qui, nous le verrons, reconduit, mais à un autre niveau, à une nouvelle discussion terminologique et à une nouvelle analyse des concepts en présence.

Avec l'historien Ian Kershaw, l'on prendra deux exemples antinomiques dans la Seconde Guerre mondiale parmi les dates fatidiques qui l'ont scandée et qui ont déterminé son cours²². Yan Kershaw s'attache tout d'abord à l'analyse du processus de décision qui conduisit le gouvernement britannique à poursuivre le combat contre l'Allemagne hitlérienne. Cette décision collective résulta de cruciales délibérations au sein du Cabinet britannique. Elles

²⁰ Cf. Sigmund FREUD, « Analyse avec fin et analyse sans fin », in *Résultats, idées, problèmes, op. cit.*, p. 231.

²¹ Cf. Jules KORNIS, *L'homme d'État. Analyse de l'esprit politique*, Felix Alcan, 1938.

²² Cf. Ian KERSHAW, *Choix fatidiques. Dix décisions qui ont changé le monde. 1940-1941*, Seuil « Points », 2012.

durèrent plusieurs jours, du 25 au 28 mai 1941. Plus de vingt ministres y participèrent qui n'étaient pas tous, loin s'en faut, du même avis tant la situation était confuse et dangereuse. De fortes personnalités, de tempérament opposé, y prirent part : Churchill, Halifax, Chamberlain. Chaque avis fut entendu, chaque objection reçue et examinée à fond, non pas en dépit mais à cause même de l'urgence. Les jugements des uns et des autres furent clairement exposés puis confrontés avant la prise de décision fatidique qui devait, à sa manière, engager dès 1940 le véritable commencement de la fin pour le III^e Reich dont on a aucune peine à imaginer ce qu'eût été son expansion si cette *stumbling stone* n'avait pas été dressée dans des circonstances aussi dramatiques. La *Wehrmacht* a défilé sans coup férir sur les Champs Élysées. Elle n'a pu le faire devant *Bukingham Palace*.

Par opposition, la décision prise par Hitler en octobre 1940 d'attaquer l'URSS en violation cynique – et suicidaire – du pacte germano-soviétique a été prise pratiquement par Hitler seul, ce qui n'exclut pas la responsabilité des exécutants de cet acte démentiel. Pourquoi le fut-elle dans de telles conditions ? Pour Ian Kershaw, dont les explications valident parfaitement les vues précitées de Montesquieu sur le pouvoir despotique, le *Führer Prinzip* impliquait l'idée de pouvoir absolu qui ne souffre nulle ingérence dans sa conception et nulle modification ou amendement dans la transmission des ordres qui en émanent. La décision était simplement annoncée à ceux qui avaient besoin de savoir, et encore : ne leur étaient communiqués que les seuls éléments indispensables à la stricte exécution de leur tâche ou de leur besogne, sans qu'ils aient pu formuler le moindre jugement à cet égard, si le moins du monde ils y avaient été portés.

Il faut s'être trouvé un jour dans la villa de Wannsee et plus particulièrement dans la grande salle du rez-de-chaussée où fut mis au point le plan de la *Vernichtung*, de l'annihilation de millions d'êtres humains de « race juive », pour bien comprendre le résultat horrifique d'une telle absence de délibération et de jugement ; pour comprendre ce que peut signifier l'opacité du pouvoir absolu aggravée par la disjonction totale entre « conception » autocratique et exécution aveugle, une disjonction rendue irrémédiable par l'obnubilation de la signification propre au langage humain. Dans ces circonstances, la possibilité de simplement *nommer* les choses après les avoir perçues n'existait plus puisqu'il fallait s'exprimer par préteritions et par allusions, suivant un « code » qui ne laissait plus s'exfiltrer qu'une démence rationalisée, pour laquelle ce qui « était clair » était ce qui ne pouvait être que sous-entendu, le préfixe « sous » désignant autant une disposition syntaxique qu'une position morale.

Il faut ensuite s'être retrouvé ensuite dans le camp de Buchenwald, non loin de Weimar, la ville de Goethe, pour le comprendre encore mieux, après avoir poussé la porte de la salle où se pratiquaient des dissections à vif, avec

ses rigoles à même le sol qui recevaient le sang et les sanies, avant l'extraction des dents aurifiées et d'autres sous-produits – pré-cadavériques, et avant le transfert, mort ou vif, ou à demi-mort, vers la chambre des crématrices avec ses fours désormais refroidis, gueules béantes, cadavres de fonte dont l'on ne jurerait pas qu'ils ne serviraient plus.

Cela devrait suffire pour fonder à jamais l'exigence de la transparence, en toutes ses expressions et perspectives, dans la qualification d'un régime véritablement démocratique, qui ne serait pas de simple apparence. Et pourtant de nouvelles opacités n'ont pas tardé à se former dès après la fin du III^e Reich. Il serait difficile de les imputer à une génération spontanée ou à la perversité irréductible des choses. Au contraire, c'est du concept même de politique dont il est question et de ses attributs, à commencer par la grandeur et le prestige ?

Faut-il rappeler par exemple ce que De Gaulle écrivait du chef prestigieux ? « *Et tout d'abord, le prestige ne peut aller sans mystère, car on révère peu ce que l'on connaît trop bien ? Tous les cultes ont leur tabernacle et il n'y a pas de grand homme pour ses domestiques [...] La grandeur des postures sait néanmoins s'accommoder des moyens et des méthodes du machiavélisme vulgaire : [...] L'homme d'action ne se conçoit guère sans une forte dose d'égoïsme, d'orgueil, de dureté, de ruse* »²³. Auto-portrait ? C'est pourquoi John Keane lie démocratie, transparence et *humilité*²⁴. L'humilité n'est pas l'abaissement de soi, ni la négation de sa propre subjectivité. Elle désigne cette disposition de l'être qui laisse le passage à autrui et l'habilite comme source de questionnement et d'information, ce qui exige qu'un espace véritablement libre fût ménagé entre les uns et les autres. Dans l'idéal. Mais dans la réalité ?

La transparence démocratique souffre de manière plus actuelle de ce trouble que Jürgen Habermas qualifiait dès le début des années 1980 de nouvelle opacité (*Die Neue Unübersichtlichkeit*). Quelles en sont les causes ? La difficulté grandissante de discerner les fins de l'action politique et d'admettre qu'il en est de vitales. Pour l'exprimer dans une autre terminologie, la politique ne souffre pas seulement de désenchantement mais aussi de *désillusion*, ce qui désigne un trouble beaucoup plus profond, lequel ne concerne pas la manière de sentir les choses mais la consistance même de celles-ci. Cette analyse a été conduite ailleurs et il convient d'en rappeler deux traits essentiels²⁵.

Dans les sociétés démocratiques confrontées aux difficultés des économies de pénurie et simultanément de spéculation, les idéologies se démonétisent à leur tour et les gouvernements, quel que soit leur label officiel, sont

²³ Cf. Charles DE GAULLE, *Le fil de l'épée et autres écrits*, Plon, 1994.

²⁴ Cf. John KEANE, *The Life and Death of Democracy*, Pockett « Books », 2009, p. 850.

²⁵ Cf. Raphaël DRAÏ, *Grands problèmes politiques et sociaux contemporains*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2009.

voués à « l'immobilisme rotatif ». Les promesses de campagne n'engagent plus que ceux qui les écoutent et l'appel à rêver, à « changer la vie », lorsque les candidats se présentaient aux suffrages de leurs concitoyens, est aussitôt suivi, une fois le pouvoir conquis, d'un rappel quasiment amnésique au « réalisme » le plus glacial. Ce qui conduit une analyste avisée des grands mouvements sociaux contemporains à cette conjecture : « *Préoccupée par son bien être, la société contemporaine ne se sentirait que peu concernée par l'épée de Damoclès qui pèse sur sa tête, à moins qu'elle n'ait intégré sa fin comme une fatalité irréductible* »²⁶. S'il faut prendre quelque distance avec les pronostics à tonalité apocalyptique, et s'il n'est pas sûr que la société contemporaine soit davantage préoccupée par son bien-être que par son *être* tout court, il faut comprendre ce que cette préoccupation exprime. Au fond, la stérilité conceptuelle et l'aboulie qui frappent nombre de gouvernants contemporains, condamnés aux effets d'annonce et de manche, ne provient pas tant d'un manque de neurones que de la rétroaction d'une fin programmée sur la volonté qui pourrait la déjouer. Et c'est parce qu'il faut masquer ce mécanisme, en effet fatal mais inavouable, que le reste devient inévitablement opaque.

Sur cette pente, les sociétés de pénurie s'adonnent au secret, à la dissimulation, à la ruse, à l'espionnage, puisqu'elles sont vouées à de féroces concurrence, au point que dans telles grandes écoles de commerce, la lecture de Sun Tzu précède celle d'Adam Smith. À quoi s'ajoutent, depuis le 11 septembre 2001, l'extension urgente des politiques sécuritaires afin de prévenir les menées à intention génocidaire des fanatismes terroristes²⁷. Dans ces conditions, aucune transparence n'est plus possible que temporaire et partielle. Les fouilles systématiques de bagages, les fouilles à corps, les rondes de chiens, les passages sous les portiques détecteurs, la police visuelle par dispositifs de caméras, elles-mêmes dissimulées – sans parler des radars routiers et autoroutiers – placent chaque citoyen dans les avatars du « *Panopticon* » de Bentham dont; dès le début des années 1970, Michel Foucault avait souligné l'actualité. Les micro-surveillances se combinent d'ailleurs avec les surveillances à l'échelle planétaire du fait des satellites-espions dont ne disposent, il est vrai, que les États faisant partie du premier Monde.

La loi sur la « burka » adoptée par le Parlement français en est l'illustration la plus récente et le symbole le plus parlant. On en connaît la cause : le port par des femmes se réclamant d'une mouvance islamiste radicale d'un vêtement les couvrant des pieds à la tête. Ces femmes-là, ou leur porte-parole tutélaire, faisaient valoir que cette manière de se vêtir, notamment

²⁶ Cf. Myriam KLINGER, *L'Inquiétude et le désarroi social*, Berg International, 2011.

²⁷ Cf. Philip BOBBITT, *Terror and Consent. The Wars for The Twenty First Century*, Penguin Books, 2008.

l'obligation de se voiler entièrement le visage, relève de prescriptions coraniques intraitables. Cependant, leur observance sur le territoire français et par des citoyennes de nationalité française donnerait effectivité et sens aux régimes des libertés publiques inhérents à la V^e République et aux Déclarations des droits intégrées dans son Préambule. À quoi les deux arguments suivants furent opposés. D'une part, de telles prescriptions ne procédaient pas directement des lois coraniques mais de leur interprétation maximaliste. D'autre part, et à supposer que le caractère de ces prescriptions corresponde bien aux interprétations de la Chariâ qu'en donnent les partisans de la « burka », le caractère démocratique de la société française, souligné dans sa Constitution, y fait prévaloir son propre État de droit, non par stricte priorité hiérarchique mais en raison de la conception de l'ordre *public* qui en procède, un ordre public qualifié d'immatériel. Or se voiler le visage, qui est le propre de l'être humain²⁸, non seulement contrevient aux exigences de l'éthique mais contrevient aux valeurs essentielles de la démocratie française puisque cette pratique, appliquée ou imposée aux seules femmes, s'avère par là même discriminatoire et transgresse le principe générique d'égalité.

Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel n'ont pas partagé la même conception non pas tant de l'ordre public immatériel que de son aire d'application. Pour le Conseil d'État, faire respecter ce principe n'impliquait que l'on procède à une interdiction générale du port de la « burka », au moins dans l'espace public. La loi de 2011 en tient compte. Si elle interdit le port de la « burka » dans l'espace public « laïc », elle l'autorise dans l'espace privé, chez soi, à la mosquée, et même dans les automobiles à condition que le conducteur ou que la conductrice ait le visage découvert, reconnaissable, *identifiable*. Car l'on aura également compris qu'aux considérations éthiques, s'ajoutent les préoccupations sécuritaires liées à la lutte contre des formes de terrorisme pour lesquelles toutes les armes sont bonnes, mêmes celles prétendument tirées des Livres saints. En cas de manquement à ces règles, les hommes et les femmes ne sont pas également traités par les nouvelles dispositions du Code pénal. Toute contrevenante s'expose à une amende de 150 euros. Mais pour celui qui l'incite à transgresser ces dispositions, la main du législateur est beaucoup plus lourde. En l'espèce l'amende peut aller jusqu'à 35 000 euros.

Et si le questionnement portant sur la transparence n'était pas essentiellement juridique, ni politologique, ni même éthique, au sens d'un éthique contrainte ? Et si elle trouvait sa cause dans une tout autre « affaire », pour reprendre le terme utilisé par l'écrivain Romain Gary, qui s'en explique dans un court texte daté de 1960, donc antérieur à la diffusion de la pensée d'un

28 Outre l'œuvre de Levinas dont on sait la résonance qu'elle a conféré à ce thème, on se reportera à l'ouvrage de Françoise FRONTISI-DUCROUX, *Du masque au visage*, Flammarion, « Champs », 2012.

Emmanuel Levinas, intitulé, justement « Qu'advient-il du visage humain ? » : « *La vie intérieure nous déserte à vue d'œil, traquée et détruite qu'elle est par tous les moyens de communication de masse et de contrôle de la pensée. De plus en plus la moindre forme de vie intérieure est considérée comme une névrose. Ainsi avec l'âme et l'esprit en péril, le visage humain acquiert lentement cet air vide qui en fait un sujet bien plus digne d'un peintre de nature morte que d'un portraitiste. Ô visage humain, où es tu ?* »²⁹. Une interpellation qui prend toute sa portée lorsqu'on aura rappelé que Romain Gary lui-même aura écrit toute la seconde partie de son œuvre, *dissimulé* sous le pseudonyme d'Émile Ajar.

²⁹ Romain GARY, *L'affaire homme*, Gallimard, « Folio », 2006, p. 69.

Du mensonge civilisé à la clarté d'harmonie : la quête d'une transparence dans l'œuvre de Fourier

Claude COURVOISIER

JULIE : Qu'est-ce que c'est « nuit américaine » ?

FERRAND : C'est quand on tourne une scène de nuit, mais en plein jour. Vous savez, en mettant un filtre devant l'objectif...

JULIE : Ah ! *Day for night*. Ça s'appelle *day for night* en anglais.

FERRAND : Ah ! Bon !

François Truffaut, *La nuit américaine*, 1973

Les mystères de la transparence n'ont-ils pas été multipliés par le cinéma ? L'écran maintenant fait voir. Auparavant il protégeait, ou il cachait. Il pouvait aussi bien ne pas tout cacher, comme un filtre. Le cinéma est aussi l'art de l'illusion, comme tout art peut-être, et il lui arrive de s'en recommander. À sa manière, le sujet de ce colloque, la transparence en politique, suggère qu'il serait possible de s'en prendre aux écrans qui dissimulent et faussent et de rendre plus directement visible ce qui est caché ou déformé, sans trop afficher l'illusion. Le projet éveille par nature la curiosité. Il invite aussi à la modestie, parce que la fortune soudaine d'une notion, quand ce n'est pas d'un mot, ici transparence, inspire méfiance. Il est difficile, en science sociale, d'importer par un mot ce qui a été trouvé ailleurs. La transparence est une notion d'une grande complexité. Elle suppose un écran. Il n'y aurait pas de visibilité parfaite, sauf à supprimer l'écran qui fait

exister la transparence, ce qui la ferait disparaître elle-même. Il n'y aurait pas de transparence tout court, mais des degrés de transparence, mesurables, à partir d'un état d'opacité complète.

Curiosité et prudence sont redoublées quand on se propose d'examiner une pensée comme celle de Fourier, fort nourri de sciences exactes, et son hypothétique ouverture à la notion de transparence. La curiosité est encouragée par le cadre comtois de ce colloque. Il se tient dans des lieux où la présence de Fourier est d'autres réformateurs sociaux est familière, et l'attention des chercheurs très vive. Besançon a été et reste le centre de savantes études fouriéristes. Y sont édités, depuis 1990, les *Cahiers Charles Fourier*, qui s'appuient sur l'Association des études fouriéristes créée deux ans plus tôt. L'ambiance est donc ici favorable, mais apporter à ces réflexions une modeste contribution procure un peu d'appréhension.

L'appréhension se nourrit aussi du doute qui plane sur la conformité du sujet de cette contribution à celui du colloque : la transparence en politique. En premier lieu, il ne sera pas question de politique dans cette contribution. Comme lutte pour le pouvoir, ou comme son exercice, la politique est pour Fourier une préoccupation subalterne par rapport au domestique agricole et industriel, le domaine des activités productives. Comme science, la politique fait partie des sciences incertaines, trompeuses et mystificatrices, comme la philosophie, l'économie, la métaphysique, la morale. En deuxième lieu, on a retenu ici de la transparence, objet du colloque, une acception qui n'est peut-être pas en accord avec celles qui inspireront d'autres contributions. On s'est laissé guider par les suggestions lexicales insistant sur ce que la transparence permet, à savoir l'expression fidèle, sans altération, de la réalité et de la vérité, avec un complément tenant à la visibilité, à la publicité ainsi données ou permises¹.

Surtout, il convient de remarquer que le mot de transparence n'est pas présent chez Fourier. L'absence est compréhensible et significative : selon les mêmes repères lexicaux, le mot, dans son extension moderne au sens figuré, n'est reçu qu'en 1837 et ce moment est celui de la disparition de Fourier. De l'absence du mot, il ne faut pas pour autant conclure, comme on sait, à celle de la chose. À défaut de l'auteur lui-même, son dernier biographe emploie le mot, mais seulement à propos d'une partie de l'œuvre². À défaut du mot, il existe chez Fourier des évocations, des allusions et il est significatif d'observer qu'elles s'inscrivent dans les origines du mot, l'univers des sciences physiques et plus précisément de l'optique, ce qui n'est pas pour

¹ On se réfère ici au *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaire Le Robert, 2005, t. IV.

² Jonathan BEECHER, *Fourier*, Fayard, 1993, p. 334 et s., à propos des rapports amoureux, et dans un parallèle avec Jean-Jacques Rousseau.

surprendre quand on sait la fidélité à Newton que Fourier affiche résolument. Par exemple, à propos de la Civilisation, cette petite période de la vaste histoire de l'humanité qui suscite les acerbes critiques de Fourier, ce dernier parle d'opacité – le contraire de transparence – et de reflets. La Civilisation le fait penser à « *un corps opaque, tout noir de fourberies et de crimes, avec quelques reflets d'harmonie* ». Références à l'optique encore, quand Fourier traite des passions, qui sont au centre de sa méthode. Leur récurrence, ou répercussion, qui se produit après leur compression, ou engorgement (refoulement ?) est analysée en termes de diffraction. L'image du miroir, « *qui renverse l'objet tout en le retraçant fidèlement* » est aussi utilisée à ce propos. De même, voulant dévoiler l'imposture du « *bon ton* », Fourier dit qu'il est une « *image renversée* », l'image renversée du libre jeu des inclinations authentiques en Harmonie³. En évoquant la magnificence de l'ordre harmonieux, Fourier la voit dans les fanaux des phalanges, astres factices, qui dans une nuit obscure illumineront la terre et rendront monotone le spectacle des astres du ciel⁴.

En somme, en restant fidèle à l'origine scientifique du terme, Fourier rend bien compte de ce à quoi la transparence aujourd'hui tendrait à remédier, à savoir la fausseté des rapports entre les hommes. Pour Fourier, la Civilisation est duplicité, déguisement, ruse, dissimulation. La fausseté est au centre de la pensée critique de Fourier : la Civilisation est « *un ordre social où tout est faux* », dit-il dans la *Théorie de l'unité universelle*, et le titre d'un ouvrage postérieur en témoigne, en évoquant *La fausse industrie, morcelée, répugnante, mensongère, et l'antidote l'industrie naturelle, combinée, attrayante, véridique*. Dans cet examen critique du faux, deux aspects paraissent significatifs, sans que tout s'y réduise pour autant. Le premier est d'ordre matériel, d'ordre économique : il s'agit de dévoiler les mensonges du commerce (I). Le second est d'ordre spirituel, d'ordre sentimental : il s'agit pour Fourier de dévoiler les mensonges des amours (II). Le parallèle avec un couple d'œuvres serait tentant, s'il ne paraissait pas donner dans la facilité : dans l'œuvre tournée vers l'Harmonie, *Nouveau monde industriel* et *Nouveau monde amoureux* coexistent. Les ténèbres de la civilisation devraient conduire aux lumières du bonheur (III).

3 *Le nouveau monde industriel et sociétaire, Œuvres complètes de Charles Fourier*, Éditions Anthropos, 1966-1968 t. VI, p. 403 et s., citée ultérieurement OC, suivi de la référence au tome en chiffres romains et à la page. Les textes principaux sont : *Théorie des quatre mouvements...* (t. I), *Théorie de l'unité universelle* (II-V), *Le nouveau monde industriel et sociétaire* (VI), *Le nouveau monde amoureux* (VII), *La fausse industrie...* (VIII-IX).

4 Manuscrit cité par Jean GAULMIER, commentaire d'André BRETON, *Ode à Charles Fourier*, Fata Morgana 1994, p. 46.

I. LES MENSONGES DU COMMERCE

Le commerce est l'un des sujets favoris de Fourier, tant il est pour lui significatif de la Civilisation. Fourier a eu une expérience personnelle vécue de la pratique du commerce. Il se qualifie lui-même de « *sergent de boutique* » ou d'« *enfant de la balle* » quand il veut convaincre qu'il sait ce dont il parle⁵. Il faut néanmoins voir au-delà, et comment la critique du commerce se situe dans une vision générale d'une société désordonnée, injuste et conflictuelle, où « *le plus scandaleux des désordres sociaux est la pauvreté* », où la prétendue civilisation est « *la guerre du riche contre le pauvre* »⁶. Le mensonge du commerce, dans ses éléments divers, est un témoin ou un instrument de l'injustice.

Le mensonge est consubstantiel au commerce. Le commerce ne va pas sans mensonges. La démonstration de Fourier réunit d'innombrables évocations radicales et féroces, caractéristiques du style de l'auteur. Le commerce, c'est « *l'exercice continu du mensonge et de l'astuce* ». La classe des commerçants, volontiers qualifiés de charlatans, est « *la plus mensongère de tout le corps social* ». Le mensonge est redoublé par une catégorie particulière, celle des courtiers, intermédiaires d'intermédiaires. Le courtier est « *un saute-ruisseau qui colporte les mensonges d'autrui, auxquels il ajoute les siens* ». Bref, le commerce, c'est le mensonge, avec tout un « *attirail* » dont Fourier évoque les éléments sans que l'inventaire en puisse être complet : « *banqueroute, agiotage, usure et fourberies de toute espèce* »⁷.

A. L'attirail des mensonges

Les pratiques mensongères du commerce sont en effet de toutes sortes. L'une des opérations consiste à manipuler les quantités vendues ou achetées, ou les prix, ce qui aboutit à l'accaparement, à la spéculation, à la mise à profit des crises⁸. Ce sont des manœuvres dont Fourier a été parfois témoin dans certains épisodes de sa vie. Il a vu mettre à la mer des quantités de riz pour que le prix de vente de ce qui reste augmente. La qualité des produits est un autre sujet de tromperie, ils font l'objet de falsifications qui abusent le client. Fourier se plaît à insister sur deux exemples, parmi les plus populaires, le vin et la soupe. La mauvaise qualité du vin due à son « *traficotage* », est pour lui patente et c'est vrai même chez les riches. Les marchands de vin sont

⁵ OCI, 102 ; VI, 398.

⁶ OCI, 185, 199.

⁷ OCI, 191, 227, 273.

⁸ OCI, 237 et s. ; VI, 394 et s.

des « *phénix de fourberie* » et les sommeliers des « *experts en friponnerie* » et d'ailleurs les propriétaires de vignes, les producteurs, sont devenus, avec les progrès de l'esprit mercantile et la dépravation des sciences, des « *droguistes* » aussi fourbes que les marchands⁹. Le deuxième exemple choisi par Fourier est celui du vermicelle¹⁰. Ce produit, du reste importé, est lui aussi un moyen de tromper sur la marchandise parce qu'il cache la mauvaise qualité du bouillon alors que le pain, lui, la laisse perceptible. L'exemple peut surprendre le lecteur, souvent disposé à tenir l'auteur pour un fou, mais il reste intéressant par la perspective dans laquelle il est envisagé : Fourier s'attache à montrer que là comme ailleurs l'artifice est au service d'une inégalité, celle entre l'homme et la femme, la ménagère, qui se trouve ici victime des épiciers. Mensongères, ces pratiques sont au surplus nocives. Elles sont nocives pour le peuple, le peuple des consommateurs, victimes des spéculations et travestissements. L'astuce, le trafic, sont des moyens pour la classe moyenne de spolier le pauvre et de le contraindre à des moyens de défense qui sont du même registre de fausseté : le larcin ou la prostitution. On volera, ou on se vendra. Les pratiques du commerce sont nocives aussi pour les autres activités économiques qui sont productives, comme l'agriculture, la manufacture ou même, à tout prendre, l'administration. De ce point de vue, le commerce joue pour Fourier le rôle d'une sangsue économiquement malfaisante, dans un système de production et d'échange où prévalent les intérêts des intermédiaires parasites, autant de vautours, de vampires et de corsaires¹¹. On ne peut que reconnaître ici une parenté avec le saint-simonisme.

B. Mensonges dans la banqueroute

Les mensonges du commerce sont d'autant plus remarquables qu'ils sont reconnus, en quelque sorte authentifiés, par le droit. Ce dernier ajoute aux mensonges du commerce le sien propre. Le cas que Fourier affectionne dans cette démonstration est celui de la banqueroute, mais il s'agit d'un cas qui inspire bien d'autres littératures parmi les plus populaires. Pour Fourier, la banqueroute est « *la friponnerie la plus ingénieuse et la plus impudente qui ait jamais existé* ». Elle consacre, telle qu'elle est régie par le droit, une sorte de droit de voler, une forme du « *larronage mercantile* ». Au surplus, ce droit est inégalement attribué ou autorisé, il varie en fonction de la fortune ou du crédit du failli¹².

⁹ OCI, 124 ; VI, 422 ; VIII, 314.

¹⁰ OC VIII, 41 ; IX, 572 et s.

¹¹ OC VIII, 94, 313 ; II, 32 ; III, 214 et s.

¹² OCI, 229 ; VIII, 317 et s.

Le sujet est l'un de ceux qui entraînent l'auteur dans ces essais de typologie dont il apparaît friand. Leur mérite est d'être pittoresque, c'est-à-dire d'attirer l'attention sur l'objet peint. Mais on aurait tort de limiter là leur intérêt, comme de les attribuer à une manie abusive. Ils ne sont pas sans parenté avec les Physiologies qui sont, comme ouvrages décrivant une réalité humaine avec objectivité, un genre du temps, par exemple chez Balzac¹³. Quant à lui, Fourier pense que la typologie détaillée est un des moyens d'accéder à la vérité et une méthode que les sciences fausses prennent précieusement soin de négliger. S'agissant de la banqueroute, la classification s'enrichit au fil des œuvres. Dans la *Théorie des quatre mouvements* de 1808, Fourier met en scène trois personnages de failli en détaillant les trois mécanismes douteux de la banqueroute. Dans *Le nouveau monde industriel* de 1829, la typologie comporte 36 espèces. La classification est une véritable typologie des mensonges basée sur les procédés de désintéresser des créanciers. Dans le meilleur des cas, la banqueroute est « honnête » : on ne prend aux créanciers que la moitié de ce qui leur est dû. Il peut arriver qu'elle soit « sentimentale », mais elle est pire : le failli apparaît plus malheureux que coupable, digne d'être plaint, et pour l'aider convenablement, les deux tiers des créances seront distraites. On imagine combien, au fur et à mesure que la liste s'allonge, se multiplient les savoureuses définitions, d'« en miniature » à « galante », d'« en tapinois » à « béate »¹⁴...

Fourier reconnaît lui-même que sa présentation des banqueroutes peut être amusante, mais la réalité des mensonges du commerce décrite par lui est attestée dans la littérature des temps voisins, et parfois en termes proches. Le meilleur exemple en est probablement l'œuvre de Balzac, non seulement *César Birotteau*, *La maison Nucingen*, ou *Les petits bourgeois* mais aussi auparavant, en 1829, *La maison du chat qui pelote*. Le commerce ne va pas sans ruse, cupidité, charlatanisme, fourberie, esbrouffe, hypocrisie. Y voisinent requin de la librairie et brochet de la papeterie. On y voit procéder à l'altération des produits et à la publicité mensongère. Les créanciers du failli y sont volontiers « joués », « bafoués », « turlupinés », « attrapés », « dindonnés », « volés » et « trompés ». Quand Birotteau fait une faillite honnête qui le ruine, le banquier Nucingen doit son ascension à trois liquidations successives bien menées où il est montré qu'en la matière le débiteur est plus fort que le créancier. De nos jours, *César Birotteau* reste un exemple utile quand on se soucie d'enseigner l'histoire du droit des affaires¹⁵.

Fourier pourrait voir dans ces parentés une confirmation de ses analyses, mais il remarque aussi qu'une littérature de ce genre représente un redoublement du

¹³ Jean GAULMIER, *Commentaires...*, *op. cit.*, p. 90, n. 156.

¹⁴ *OCI*, 229 et s. ; VI, 396 et s. ; IV, 121 et s.

¹⁵ V. p. ex. Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989, p. 302.

mensonge civilisé. Fourier est en effet très attentif au jeu pervers de la formation des esprits et de la représentation qu'elle donne ou impose des réalités. L'analyse ne manque pas de subtilité. Littérature et théâtre exposent les vices de la civilisation, et expriment ainsi une sorte d'autocritique qui peut représenter le besoin de passer à une étape supérieure de l'histoire de l'humanité. Mais, ce faisant, ces mises en scène n'accoutument-elles pas aussi aux maux et aux vices qu'elles décrivent ? Posée pour les mensonges du commerce, la question l'est aussi pour les mensonges des amours.

II. LES MENSONGES DES AMOURS

La question des amours n'est pas entièrement dissociable de celle de l'échange économique, et ce lien est d'ailleurs exemplaire des maux civilisés. Le parallèle entre pratiques commerciales et pratiques amoureuses est un thème fréquent chez Fourier. Le lien s'effectue par le mariage, d'où naît le ménage de famille, qui est une unité économique, d'ailleurs inadaptée au bien être général. Le lien est aussi celui des aspirations personnelles, où se confondent, coexistent ou rivalisent sentiment et intérêt matériel. La prostitution, mais aussi le mariage, sont souvent des unions négociées pécuniairement. Avant mariage, on courtise la dot, puis on épouse une somme d'argent¹⁶. Comme le monde du commerce, celui du mariage est un univers de perfidie.

A. *Perfidie du mariage*

Le mariage – il s'agit du mariage monogame, ou « *incohérent* » – semble, estime Fourier, avoir été « *inventé pour récompenser les pervers* ». Par ce mariage, on parvient à l'opulence et à l'estime publique, mais on est arrivé au mariage par la séduction et l'astuce. Le succès de l'entreprise consiste à « *acquérir une grande fortune pour la peine de jouir d'une jeune personne* », après quoi il est tout pardonné du passé. De ce point de vue, le mariage est un véritable baptême, un baptême civil, effaçant avec la plus grande célérité toute souillure antérieure. Au surplus, le mariage est aussi « *un billet de loterie* » car le succès de l'entreprise est aléatoire¹⁷.

L'institution du mariage est le lieu où règne l'hypocrisie. De nombreux développements évoquent chez Fourier les fraudes, les dissimulations, en un mot les tromperies habituellement pratiquées, voire recommandées.

¹⁶ OCI, 172 ; VII, 220 ; IV, 51, 85, 102, 121.

¹⁷ OCI, 112, 172 ; IV, 99.

L'exemple de la chasteté est significatif : dans ce cas, la faveur ne va pas à la réalité du fait, mais seulement au simulacre, au masque de chasteté. Curieusement, Fourier attire aussi l'attention sur les noces. Elles constituent pour lui un exemple d'obscénité pour la façon trouble dont on y expose et dissimule tout à la fois : « *on y entremêle les calembourgeois et les ivrognes du quartier qui viennent godailler, dégoïser quelques bordées de mauvaises plaisanteries sur la mariée* ». Le cas culminant de la tromperie est celui de la règle *pater is est* parce qu'il y a là tromperie cumulée. Le mari s'y trouve doublement outragé : il a le malheur d'être trompé, et c'est le coupable qui tire avec bonheur l'épingle du jeu¹⁸.

L'exemple privilégié par Fourier, en tout cas le mieux connu, reste en effet celui du cocuage. Ce n'est pas qu'il épuise la liste des désagréments de la vie domestique, Fourier le situe simplement dans son premier ouvrage comme l'un d'entre eux, qui sont au nombre de huit. C'est la typologie qu'il dresse qui a conféré au sujet sa notoriété, comme il en va de la banqueroute en matière de commerce. Le parallèle est explicite dans *Théorie de l'unité universelle*. Comme dans l'autre cas, les typologies se succèdent et s'enrichissent. D'une édition du premier ouvrage à une autre, les espèces distinguées passent de neuf – dont trois seulement sont décrites – à soixante-quatre. Au-delà du pittoresque qui, selon les goûts du lecteur, peut s'attacher à telle ou telle description, l'importance donnée à l'accumulation des tromperies, comme à leur cumul, est significative du souci d'illustrer les maux civilisés. Par exemple, la confusion du spirituel et du matériel donne une coloration particulière à la tromperie : trompé pour trompé, il faut éviter d'être « *cocu de la dot* ». Les pratiques varient selon les classes sociales, les mœurs du petit monde ne sont pas celles du grand monde. Dans certains cas de cocuage, les tromperies sont accumulées. Une double humiliation peut affecter l'amant : vis-à-vis du mari, quand ce dernier proclame sa sévérité de principe à l'égard de la faute, et vis-à-vis de la dame quand celle-ci fait croire fausement à l'amant avoir été libérée des attentions du mari¹⁹. Dans la plupart des cas, il existe des victimes privilégiées du mariage : les femmes.

B. Les femmes, victimes privilégiées du mensonge

C'est un sujet favori de Fourier que l'aviissement des femmes en civilisation. Il a été étudié en particulier par Patrice Rolland dans un colloque tenu il y a quelques années ici, à Besançon²⁰. L'un des aspects principaux de la

¹⁸ OC I, 144 et s. ; VIII, 188 et s. ; VI, 225 et s.

¹⁹ OC I, 111 et s. ; IV, 63 et s., 121 et s.

²⁰ Patrice ROLLAND, « Fourier et la femme », in Patrick CHARLOT, Éric GASPARIANI (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Éditions Universitaires de Dijon, 2008, p. 197-207.

subordination de la femme par le mariage est, dans le ménage, sa dépendance à l'égard des tâches ménagères. Le mariage suppose chez la femme une vertu principale, « *l'amour du pot* », l'art d'écumer le pot-au-feu, pris comme le symbole de son confinement dans les tâches ménagères. Plus généralement, le mariage est un lien tyrannique, d'où sortent égoïsme et discorde.

Fourier est très attentif à un élément de la dépendance des femmes qui est la tromperie, qu'elle-même soit abusée ou qu'elle-même soit obligée de tromper. La femme est condamnée ou encouragée à la dissimulation ou à la feinte pour la conquête de l'époux. Il lui faut simuler l'ingénuité, laquelle est apprise dans une éducation que Fourier qualifie de « *cafarde* ». Il ne manque pas d'ajouter que toutes les catégories sociales ne sont pas également astreintes à cette convenance. À côté des « *femmes emmielées de préjugés et de morale, des dames de cour, des courtisanes de bon ton* », il y a aussi des petites bourgeoises qui, vivant en liberté avant le mariage, n'auraient, elles, rien à cacher. Imaginant une réplique des femmes à Diderot, qui dans un texte s'est plu à vanter leur délicatesse, il leur fait dire : « *votre civilisation nous persécute dès que nous obéissons à la nature ; on nous oblige à prendre un caractère factice, à n'écouter que des impulsions contraires à nos désirs. Pour nous convaincre, vous devez mettre en jeu les illusions et le langage mensonger* ». Autrement dit, s'il y a tromperie, elle est en quelque sorte double et la femme est doublement victime d'un marché inégal. Elle a besoin de tromper. La dépendance qu'elle subit dans ce cas aboutit à une véritable dépossession, un déni de son individualité. L'obligation de travestissement et de fausseté transforme ce qui pourrait sembler une incartade individuelle à une morale en vice de civilisation²¹.

Ces analyses de Fourier sont en accord avec ce qu'observe la littérature du temps. Dans *La maison du chat qui pelotte*, Balzac met en scène l'indignation d'Augustine, malheureuse en ménage, à qui une duchesse qui a beaucoup vécu conseille de biaiser et ruser : « *Dissimuler, calculer, devenir fausse, se faire un caractère artificiel... ? Comment vivre ainsi ?* » La duchesse, pour sa part, ajoute : « *Si vous continuez à parler passion quand je vous parle mariage, nous ne nous entendrons plus...* ». Plus tard, dans *La maison Nucingen*, le banquier fait des faveurs à l'amant de sa femme car il est pour lui avantageux que cet amant soit riche, et « *s'il fait la fortune de Rastignac, c'est parce qu'il le juge le meilleur des complices, celui qui ignore qu'il l'est et propage de bonne foi faux bruits et mauvais conseils* ». Cumul de feintes et jeux de miroir qui eussent sans doute enchanté Fourier, comme, plus tard, certains passages du dernier livre *Les petits bourgeois*, où se trouve peint « *le génie d'un hypocrite* ». On y rencontre « *le cocu qui sait* », on y voit évoquées les « *captures de dot* » et la nécessité pour le prétendant d'élargir la palette de la séduction, laquelle ne

21 OCI, 125 et s., 146, 173 ; VII, 394.

doit pas se limiter à la future épouse mais avoir aussi en vue la future belle-mère et la marraine. Il existe en ce dix-neuvième siècle un autre « *spectateur inlassable de la comédie humaine* », Dickens, que l'on pourrait voir évoquer aussi la confusion de la femme mariée et de la dot et les mariages d'intérêt²². *Temps difficiles*, en particulier, offre beaucoup d'observations intéressantes. Le mariage n'a rien à voir avec l'amour. Un ancien quincailler en gros devenu membre du parlement donne sa fille jeune à son vieil ami, riche banquier et manufacturier parvenu. A sa fille, qui parle d'amour, il dit qu'elle donne dans l'extravagant, le fantastique, c'est-à-dire le sentimental. Ce milieu est un monde déshumanisé, dépourvu de toute affection ou passion, où l'on peut expliquer que la vie est un marché, et qu'il y convient de savoir feindre et tromper. Ce roman est tenu pour le plus social des romans de Dickens, et on y voit opposées la facilité qu'il y a dans la bourgeoisie à dissoudre les liens du mariage et, chez les pauvres, l'impossibilité réelle de le faire.

Mensonges du commerce et mensonges du mariage sont donc ici encore réunis dans une même critique de l'ordre social. Pour Fourier, l'obscurité du monde civilisé devrait faire ressentir la nécessité de retrouver la vérité des rapports humains dans un monde d'harmonie.

III. DES TÉNÈBRES AUX LUMIÈRES

L'observation des tristes réalités conduit à s'insurger contre l'indifférence que rencontre leur persistance. A plusieurs reprises, Fourier souligne d'ailleurs que des aménagements, des corrections, auraient été possibles dans la dernière étape de la Civilisation. Encore eut-il fallu pouvoir prendre pleinement connaissance et conscience des maux, avec le secours des constructions intellectuelles critiques convenables. La faillite des penseurs est violemment dénoncée par Fourier, conscient de la révolution des idées qu'il apporte lui-même.

A. Les idées fausses

La science, ou plutôt les sciences, sont défailtantes, pour la bonne raison qu'elles sont elles-mêmes fausses. Mieux même : incapables de vérité, elles consacrent et entretiennent elles-mêmes la fausseté du monde. Les sciences ne sont pas seules à concourir à la reproduction du mal. Fourier souligne à

²² V. Anny SADRIN, *L'être et l'avoir dans les romans de Dickens*, Atelier national de reproduction des thèses, diffusion Didier Érudition, 1985, notamment p. 8, 32, 152, 554.

loisir l'importance des représentations véhiculées par ces outils de connaissance médiata que sont les lettres, le théâtre, l'éducation. Les mensonges, que ce soit ceux du commerce ou ceux des amours, sont ainsi tout le temps redoublés. C'est tout le rôle de l'opinion qui est ainsi souligné, et la dextérité avec laquelle on arrive à confirmer et à populariser ce qu'on affecte de dénoncer ou de railler.

On a vu que la science concourait à la falsification des produits vendus. Fourier dévoile aussi le camouflage par le vocabulaire, les « *verbiages* », l'abus des mots. Les mots, dit-il, sont des masques, « *les véritables masques de nos idées* ». Selon lui, parler de banqueroute au lieu de faillite, par exemple, enjolive la réalité et dissimule les vices du commerce. Peut-être les deux termes n'ont-ils pas à ce moment la même valeur d'évocation. Les mises en scène littéraires ou théâtrales sont elles aussi un bon exemple de ce que Fourier veut démontrer. Elles familiarisent avec le mensonge qui se trouve peint avec des couleurs plaisantes même quand on veut en faire rire. La comédie humaine est aussi la comédie au théâtre. La duplicité civilisée en devient patente. On apprend sur la scène à comprendre ce qu'ailleurs l'opinion commune ou le dogme proscrit. Ainsi, dit Fourier, « *la jeune femme qui vient d'entendre un sermon sur le respect dû aux époux et aux supérieurs ira l'heure suivante au théâtre prendre des leçons sur l'art de tromper un mari, un tuteur ou un autre argus* ». Fourier s'en prend surtout à la morale, qu'il voit comme « *une douce et pure amie du commerce* », son « *meilleur masque* ». Il en souligne les contradictions : elle a prêché, dit-il, le mépris de la richesse, et maintenant « *elle innocente et encense les marchands qui ne rêvent que soif de l'or et invention d'astuces pour s'enrichir en trompant le public* ». L'opinion ainsi alimentée en arrive à braver la loi : Fourier croit voir exister dans l'opinion une certaine considération pour l'adultère, qui est pour la loi un crime. Il en conclut que la loi est en quelque sorte neutralisée par l'opinion et que tout se passe comme si la réputation allait à ceux qui savent violer les règles²³. Comme tout se conjugue, décidément, pour tromper, on se demande comment la lumière pourrait sortir de l'obscurité.

B. La vérité d'harmonie

L'œuvre de Fourier elle-même est une première réponse. Elle expose et diffuse une nouvelle doctrine en prétendant lui rallier l'opinion. La méthode intellectuelle est celle du doute, ou écart, absolu, exposée dès le premier ouvrage. Elle seule permet de dévoiler la vérité en rejetant tous les conformismes. La propagation de la doctrine ne s'en trouve pas facilitée. Après les

²³ OC II, viii ; IV, 121 et s. ; I, 145 ; IX, 534, 596 ; VI, 397 ; VII, 87.

difficultés rencontrées dans la diffusion des écrits du maître, les disciples de l'école sociétaire, en particulier Victor Considérant, s'attacheront néanmoins à y travailler, non sans réussite. Une autre manière de convaincre, mise en avant par Fourier lui-même dès l'origine, est de s'en remettre à la vertu de l'exemple. L'idée est de fonder un canton, ou phalange, d'essai. La confiance de Fourier est grande. Elle le conduit à imaginer qu'en quelques mois l'expérience prendra forme d'une manière déjà convaincante. Les conditions de l'essai, telles que Fourier les expose, ne sont pas sans varier quelque peu d'un ouvrage à l'autre. Le projet du *Nouveau monde industriel* est assez détaillé. Il distingue deux variantes dont l'une de dimension réduite, de l'ordre de huit cents personnes, alors que l'effectif le meilleur serait de 1620 parce que ce chiffre permet la constitution commode des séries passionnées. Dans les deux cas, la constitution se ferait par « essaims » successifs, trois ou cinq selon la taille. L'installation serait dans les deux cas rapide, neuf mois ou deux ans. Fourier est optimiste quant aux conséquences. La connaissance des travaux et de la vie du premier contingent se répandra rapidement dans les villages voisins, fera des envieux et suscitera des candidatures chez « toute famille d'ouvriers, d'artisans et de petits cultivateurs »²⁴. Cet optimisme peut faire sourire, quand on pense à l'échec des tentatives réelles. En vérité, les tentatives sont rares du vivant de Fourier, faute de capital initial venant d'un mécène éclairé. La principale, due à des disciples et à un bienfaiteur, rencontre de son côté beaucoup de réserve, pour ne pas dire une désapprobation. Il s'agit de l'expérience tentée à Condé-sur-Vègres en 1832-1833²⁵. L'idée d'expérimentation survivra, et sans parler des tentatives infructueuses faites à l'étranger, le principal disciple, Victor Considérant, demandera à l'Assemblée constituante, en 1849, bien entendu sans succès, un crédit public pour une commune sociétaire²⁶.

C'est peut-être cet irréalisme qui donne quelque prix à l'idée de Fourier, et qui la rapprocherait du thème retenu par notre colloque. On n'ira pas jusqu'à imaginer que l'application expérimentale de certaines réformes administratives ont là un précédent. Simplement, en insistant sur l'essai d'une phalange, n'est-ce pas pour Fourier s'en remettre à la publicité, à la connaissance vraie et pratique, à une sorte de transparence permettant le jugement honnête sur une nouvelle Théorie boudée par l'opinion ? Fourier s'est souvent défendu d'être un utopiste, accusant de l'être ceux qui dans les sciences fausses abusent de la crédulité d'autrui. Les utopies suscitent sa méfiance parce qu'elles doivent être jugées à l'aune de leur capacité à être mises à exécution. Seules sont bonnes celles qui sont praticables²⁷.

²⁴ OC I, 276, 303, 308 ; VI, 99 et s.

²⁵ V. Henri DESROCHE, *La société festive*, Éd. du Seuil, 1975, p. 220 et s.

²⁶ Jonathan BEECHER, *Victor Considérant*, Les Presses du réel, 2012, p. 321 et s.

²⁷ OC IV, 143.

Il s'agirait au surplus de populariser une théorie, la théorie sociétaire, tout entière axée sur une émancipation substantiellement liée à un éclaircissement des rapports entre les hommes. Sans revenir à un exposé de la doctrine²⁸, on peut mettre en valeur ses éléments principaux qui s'inscrivent dans cette orientation. Le principe essentiel du nouveau monde est la libération des passions, en entendant par là les aspirations, goûts, inclinations, instincts, principe lié lui-même à celui d'association. Cet « *ordre combiné* » intéresse tout à la fois le domaine matériel et le domaine sentimental. Le nouveau monde social et industriel est « *la vraie association, l'art d'appliquer à l'industrie toutes les passions* » et le titre de l'ouvrage de 1829 est explicite : « *Le nouveau monde industriel et sociétaire, ou invention du procédé d'industrie attrayante et naturelle distribuée en séries passionnées* ». La théorie sociétaire de l'attraction passionnée est en définitive une philosophie du bonheur, celui-ci étant défini ainsi en 1808 : « *avoir beaucoup de passions et beaucoup de moyens pour les satisfaire* »²⁹.

Dans son application projetée, l'ordre combiné comporte plusieurs éléments significatifs. Dans l'ordre économique, il est gage d'abondance parce qu'il est un ordre, opposé au morcellement civilisé. Il reconnaît la propriété, et rejette le dogme de l'égalité car l'inégalité, c'est la diversité, favorable aux combinaisons harmonieuses. Il retient un principe de répartition du produit entre sociétaires basé sur la considération du capital, du travail et du talent, mais il garantit un minimum d'aisance à tous. Le travail y est attrayant, parce que les séances sont brèves et les occupations variées. Un système d'éducation permet la découverte des dispositions enfantines et ensuite leur accomplissement. La liberté des amours, enfin, qui n'est d'ailleurs prévue qu'à échéance, est une reconnaissance des inclinations et n'est en rien une prescription de conduite. Dans la plupart de ces éléments, il ne serait pas difficile de voir transparaître une exigence de rapports humains sans voile³⁰.

Il en est de même pour une autre dimension de la réflexion de Fourier, moins étudiée. Elle est pourtant essentielle car elle est une interrogation sur la nature humaine, son unité, son accomplissement authentique.

28 V. p. ex. Jonathan BEECHER, *Fourier, op. cit.*, p. 215 et s.

29 OCVI, 4-5 ; I, 92.

30 Un résumé du système, suggestif à cet égard même s'il est incomplet, figure dans *Le nouveau monde industriel et sociétaire* : le problème est « *d'associer en gestion agricole et domestique, non seulement les facultés pécuniaires et industrielles d'une masse de familles inégales en fortune, mais d'associer les passions, caractères, goûts, instincts ; de les développer dans chaque individu sans froisser la masse ; faire éclore dès le plus bas âge les vocations industrielles qui sont nombreuses chez l'enfant, placer chacun aux divers postes où la nature l'appelle, varier fréquemment les travaux et les soutenir de charmes suffisants pour faire naître l'attraction industrielle* » (OCVI, p. 4).

C. Une transparence à soi-même

La critique de la civilisation comporte une quantité de notations récurrentes qui surprennent quand on a été jusque là absorbé par les questions d'organisation des mondes ancien ou nouveau. Fourier évoque ainsi « *la dissidence de l'homme avec lui-même* », l'homme, ou l'enfant, « *en guerre avec lui-même* », ou « *contre soi-même* ». La civilisation tout entière est elle aussi, en tant que système social incohérent, « *en révolte contre elle-même* ». Inversement, le nouveau monde est celui qui consacre « *l'unité de l'homme avec lui-même* », et Fourier explique en quoi cette unité consiste : c'est « *l'unité de l'homme avec les passions* »³¹. C'est une sorte de réconciliation qui, naturellement, en construit une autre, où c'est l'humanité qui est réconciliée avec elle-même. Telle est en tout cas, pour Emile Lehouck, la vision qui serait l'idée dominante de Fourier³². Approcherait-on, avec cette vision, quelque chose qui pourrait être une sorte de transparence ?

On ne peut s'empêcher de penser en tout cas à Rousseau, qui n'a pas pourtant les faveurs de Fourier, mais aussi à d'autres textes qui, eux, sont contemporains de ce dernier.

Le rapprochement avec Rousseau s'impose en raison du livre fameux que Jean Starobinsky consacre à Rousseau sur le thème « *la transparence et l'obstacle* », mais il peut s'appuyer aussi sur d'autres études savantes³³. La parenté plus ou moins directe vient de plusieurs éléments.

Le mensonge est l'un des sujets les plus constants de réflexion chez Rousseau. Pour Derathé, ce dernier « *ne se lasse pas de revenir sur ce thème du mensonge* ». Il entraîne Rousseau à dénoncer parmi les vices de la civilisation l'artificiel et le factice, le faux, le feint, à quoi la vie en société obligerait. L'amour-propre amène à se trouver par autrui, à s'aliéner à soi-même. Le paraître vaudrait mieux que l'être, et l'homme vivrait déguisé sans cesse, masqué, au mépris de son existence propre. Il serait une sorte de « *mensonge vivant* ». Il jouerait sans cesse un rôle, et l'on sait combien est forte l'aversion qu'inspire à Rousseau le théâtre. Dans sa critique du théâtre, Rousseau est conduit d'ailleurs à vanter l'authenticité de la fête et, ce faisant, l'exemple du travail attrayant donné par les vendangeurs dans la société d'amis de *La Nouvelle Héloïse*. Dans les contraintes civilisées dont l'homme

31 OC VI, 392, 477-478 ; VIII, 82,122 ; IX, T4, 566 ; II, avant-propos au *Traité de l'association domestique-agricole*, p. 40, 64.

32 Émile LEHOUCK, *Fourier aujourd'hui*, Denoël, 1966, p. 262.

33 Jean STAROBINSKY, *Jean-Jacques Rousseau : la transparence et l'obstacle* [1971], Gallimard, « Tel », 1996 ; Pierre BURGELIN, *La philosophie de l'existence de Jean-Jacques Rousseau*, PUF, 1952 ; Ernst CASSIRER, *Le problème Jean-Jacques Rousseau*, Hachette, 1987. Substantiel et éclairant est le texte de Robert DERATHE, « L'homme selon Rousseau », *Études sur le Contrat social*, Les Belles Lettres, 1964, p. 203 et s.

doit se délivrer, l'une est le joug de l'opinion, et l'on se prend à penser aux acerbes critiques futures de Fourier. Il en est de même de la morale qui, pour reprendre l'expression de Burgelin, « *superpose partout quelque sur-moi au monde refoulé des instincts* » : la libération des passions chez Fourier n'est-elle pas, là encore, en correspondance ? Retrouver authenticité et vérité dans l'existence de l'homme est une exigence commune, même si les chemins tracés par le *Contrat social* et la commune sociétaire sont naturellement différents. La transparence est plus explicitement présente chez Rousseau, si l'on pense aux symboles de la *Nouvelle Héloïse* relevés par Starobinski : un personnage, Claire ; un lieu, Clarens ; un lac... Mais on ose imaginer qu'une recherche systématique des inventions de vocabulaire dont Fourier est friand pourrait être intéressante. On peut aussi relever que Fourier lui-même assure, dans un manuscrit, qu'« *il n'y aura point de nuit dans l'ordre combiné* »³⁴. Il reste dans les deux cas une philosophie de l'existence.

Moins surprenant sans doute est le rapprochement qui existe entre la pensée de Fourier et d'autres pensées du temps, mais il est intéressant à faire pour corriger la singularité de la première, telle qu'elle est carrément revendiquée par l'intéressé ou attribuée du dehors à sa folie. Le rapprochement concerne Balzac. On a vu le romancier illustrer à sa façon la critique fouriériste des mensonges du commerce ou des amours. Les deux œuvres voisinent aussi dans la réflexion sur le déchirement de l'homme en société, comme le montre P. Barbéris quand il étudie « *le monde de Balzac* ». Selon lui, la tragédie moderne présente dans les romans se rattache à « *cette division que le monde moderne impose aux hommes entre eux et à chaque homme contre une partie de lui-même* »³⁵. A plusieurs reprises, on voit dans les romans la perversion des passions par la société. On y voit l'homme impuissant à être, incapable de savoir quoi faire de soi, renoncer à être soi pour ne pas être rien. Retrouver son authenticité oblige à reconnaître la légitimité des passions et à s'émanciper d'une morale qui ne peut être d'ailleurs que changeante. La parenté avec Fourier est évidente pour Barbéris. Citant un propos de *La Maison Nucingen* selon lequel « *tuer les passions, ce serait tuer la société* », il ajoute : « *voilà qui est du pur Fourier* »³⁶. Il explique comment, selon lui, l'évolution sociale a abouti à ce que la passion ne soit plus suspecte dans le monde de Balzac, même si la comédie humaine montre encore les passions qui tuent l'emporter sur celles qui sauvent. La correspondance ainsi suggérée se complète d'ailleurs d'une approbation explicite, de la part de Balzac, du travail de Fourier, connu donc de lui. Le jugement est porté en 1841. Selon lui, Fourier a vu avec raison que les passions étaient les mouvements de

³⁴ V. *supra*, note 4.

³⁵ Pierre BARBERIS, *Le monde de Balzac*, Arthaud, 1973, p. 477.

³⁶ *Ibid.*

l'âme, qu'elles n'étaient pas mauvaises en elles-mêmes, qu'elles devenaient subversives par le milieu social. Il a donc « *conçu l'œuvre colossale d'approprier les milieux aux passions, d'abattre les obstacles, d'empêcher les luttes. Or, réguler l'essor de la passion, l'atteler au char social, n'est pas lâcher la bride aux appétits brutaux. N'est-ce pas faire œuvre d'intelligence et non de matérialité ?* ». Dans un des derniers romans, Balzac aurait suggéré une issue positive au déchirement civilisé qui n'est pas éloignée du fouriérisme en peignant un individu réintégré dans une communauté retrouvée³⁷.

Peut-être est-ce ainsi que ces confluences de pensées sur une idée de transparence pourraient rejoindre le sujet de ce colloque ?

37 *Ibid.*, p. 482.

Transparence et totalitarisme dans l'œuvre d'Evgueni Zamiatine

Patrick CHARLOT

J'ai compris que la transparence est parfois la pire des choses et que donner tout un tas d'explications n'apporte rien de bon.

Vicente Del Bosque, sélectionneur de l'équipe d'Espagne de football, vainqueur de la Coupe du Monde et du Championnat d'Europe, interview à *L'Equipe Magazine*, 13 octobre 2012

Qui aujourd'hui, hormis les spécialistes du récit utopique, connaît encore Evgueni Zamiatine ? Il est donc nécessaire de dresser un portrait rapide de cet intellectuel si curieux. Il naît en 1887 à Lebedian, ville située à 300 kms au sud-est de Moscou et construite au XVII^e siècle comme avant-poste afin de protéger la capitale russe contre les invasions des Tatars de Crimée. Après avoir été élève de l'Institut polytechnique de Saint-Pétersbourg, il devient ingénieur en construction navale. Il milite alors dans le Parti bolchévique et est arrêté lors de la Révolution de 1905. Il commence à publier dès 1908 et se fait remarquer par des ouvrages très critiques vis-à-vis du tsarisme, et est même poursuivi pour diffamation de l'armée en 1914. Ce qui ne l'empêche pas, en 1916, de diriger la construction des brise-glaces (déjà une image de la transparence ?) russes en Grande-Bretagne. Il rentre en Russie dès la Révolution de 1917 et reprend ses activités d'enseignement à l'Institut polytechnique. Bien qu'enthousiaste à l'origine devant le nouveau régime, il s'en détache très vite, dès les années suivantes. Il faut savoir que son maître-livre, celui qui

servira pour cette étude, *Nous autres*, est écrit en 1920 et qu'il sera interdit en URSS¹. Sa proximité avec Gorki, entre autres, lui vaut d'être élu, en 1920, à la tête de l'Union panrusse des écrivains. Il publie, à partir de cette année-là, de nombreuses nouvelles² et des romans. Un des plus connus (mais on peut douter du genre, nouvelle ou roman ?) date de 1929, *L'inondation*³, livre dont les droits ont été acquis par Isabelle Huppert, jouant le rôle principal dans le film réalisé en 1995 par Igor Minaïev. Ce livre fut le dernier écrit par Zamiatine en URSS. L'auteur fait alors l'objet d'accusations de la part de la presse officielle, le désignant comme traître à la Révolution, et l'empêchant, *de facto*, de publier. Avec l'aide de Gorki, il obtient de Staline la possibilité, rarissime à l'époque, de pouvoir quitter l'URSS, en juin 1931. La lettre qu'il adresse alors à Staline pour obtenir cette faveur est tout à fait symptomatique de sa personnalité ; « *l'auteur de cette lettre, un homme condamné à la peine capitale, s'adresse à vous avec la requête de commuer cette peine. Vous connaissez probablement mon nom. Pour moi, en tant qu'écrivain, être privé de la possibilité d'écrire équivaut à une condamnation à mort. Les choses ont atteint un point où il m'est devenu impossible d'exercer ma profession, car l'activité de création est impensable si l'on est obligé de travailler dans une atmosphère de persécution systématique qui s'aggrave chaque année* »⁴. Il s'exile alors à Paris, y continue d'écrire, et participe même à l'écriture du scénario du film de Jean Renoir, en 1936, en adaptant la pièce de Gorki. Il meurt en 1937...

Notre étude s'appuiera ici essentiellement sur *Nous autres* et sur quelques nouvelles pouvant permettre d'éclairer notre propos. Nous n'abuserons pas non plus des citations à l'ouvrage principal, incitant plutôt le lecteur à aller découvrir par lui-même cet ouvrage assez surprenant. Il est bien évident que la lecture particulière que nous ferons de ce texte constitue une interprétation tout à fait personnelle, qui pourrait susciter quelques interrogations complémentaires, tant les clefs pour pénétrer dans *Nous autres* peuvent être nombreuses. On peut tout d'abord s'interroger sur les rapports entre Zamiatine et le thème à l'origine de l'ouvrage dirigé par nos deux collègues, la transparence.

Nous autres se caractérise déjà par son originalité. Il s'agit en effet d'une œuvre qui s'inscrit dans un genre littéraire bien particulier, qui se singularise

1 Dont Barbara Nassaroff, traductrice d'un autre roman de Zamiatine, *L'inondation*, nous apprend que « *la publication en 1988, dans une grande revue soviétique, du roman de Zamiatine *Nous autres* a été l'un des événements de la perestroïka littéraire* ». Barbara NASSAROFF, Préface à *L'inondation*, Éditions Actes Sud, Solin, 1988.

2 Dont certaines sont disponibles en langue française, Evgueni ZAMIATINE, *Le pêcheur d'homme*, Éditions Rivages, 1989 (réédition Éditions Payot et Rivages, 2007). Nous appuierons aussi notre raisonnement sur certaines d'entre elles.

3 Evgueni ZAMIATINE, *L'inondation*, *op. cit.* Ce récit, de 80 pages, dresse un éblouissant portrait d'une femme ordinaire dont la vie bascule, rythmée par les inondations de la Néva.

4 Citée par Jorge SEMPRUN, préface à Eugène ZAMIATINE, *Nous autres* [1920], Gallimard. 2010, p. 10.

aussi par le contexte dans lequel elle trouve son origine. En 1920, trois années seulement après la Révolution russe, Zamiatine écrit la première dystopie ou contre-utopie, celle qui influencera, entre autres, Aldous Huxley (*Le meilleur des mondes*, 1931), Georges Orwell (*1984*, 1948)⁵. Le récit de Zamiatine se distingue déjà des utopies classiques, principalement construites autour du récit d'un voyageur venant raconter la Cité idéale qu'il a découverte. Ici, il s'agit du journal intime de D 503 (puisque dans *Nous autres*, les personnages ne sont nommés que par une lettre et des chiffres), qui raconte quelques mois de sa vie, dans une Cité située nulle part, dans un repère chronologique impossible à situer. Tout ce que l'on sait de cette cité est qu'elle est composée d'à peu près six millions de citoyens, gouvernée par « l'État Unique », dirigé par un personnage appelé le « Bienfaiteur ». Cette cité symbolise la civilisation de Verre ; en effet, elle est recouverte d'un gigantesque dôme translucide, isolée du monde extérieur par un mur de verre ; tout est en verre ; les trottoirs, les façades des immeubles, les cloisons intérieures des immeubles. Cité où le verre et l'anonymat règnent ; les habitants n'ont plus de noms, ils sont désignés par des lettres et des chiffres, consonnes pour les hommes, voyelles pour les femmes. Le héros, rédacteur du journal intime, D 503, est un ingénieur, constructeur d'un aéronef, « *L'Intégral* », entièrement en verre, vaisseau cosmique qui est censé répandre le régime de l'État Unique au reste de l'Humanité. L'idéal de cette cité, symbolisé par le verre, repose sur l'absolue transparence, qui pourrait se résumer ainsi : nul n'a rien à cacher et est semblable à tout le monde.

Ce récit est totalement imprégné par un grand mouvement architectural qui naît autour des années 1920. Le livre pionnier de cette école est l'œuvre de Paul Scheerbart, *L'Architecture de verre*⁶, pour qui chaque civilisation n'est en fait que le produit de son architecture. Le verre symbolise ainsi, aux yeux de cette école, la modernité, le futur, l'introduction de la transparence, la solidarité, l'harmonie dans les relations sociales. Ce mouvement architectural s'étend jusqu'au mouvement littéraire, de Breton⁷ à Benjamin⁸...

5 Sur ce point, on peut se reporter, entre autres à Raymond TROUSSON, *Voyages aux pays de nulle part. Histoire littéraire de la pensée utopique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 3^e édition revue et augmentée, 1999, p. 247-266.

6 Paul SCHEERBART, *L'Architecture de verre* [1914], Éditions Circé, 1995. Livre par ailleurs fort surprenant, composé de développements très courts, d'une précision froide et clinique. On a l'impression de se trouver devant un traité d'architecture, donnant les clefs de construction de la cité idéale.

7 André BRETON, « *pour moi, je continuerai à habiter ma maison de verre, où l'on peut voir à toute heure qui vient me rendre visite, où tout ce qui est suspendu aux plafonds et aux murs tient comme par enchantement, où je repose la nuit sur un lit de verre aux draps de verre, où qui je suis m'apparaîtra tôt ou tard gravé au diamant.* » (*Najda* [1928], in *Œuvres complètes, I*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1988, p. 651).

8 Walter BENJAMIN, commentant le *Najda* de Breton : « *Vivre dans une maison de verre est, par excellence, une vertu révolutionnaire. Cela aussi est une ivresse, un exhibitionnisme moral dont nous avons le*

L'ingénieur enseignant à l'Institut polytechnique qu'est Zamiatine ne peut évidemment ignorer ce mouvement. Mais, immergé depuis trois ans déjà dans l'État soviétique, il détourne la finalité de ce mouvement architectural et littéraire par le biais d'une dystopie. Les coordonnatrices de cet ouvrage considèrent, à juste titre, que la transparence est un des éléments clefs de la démocratie dès lors qu'elle se rapporte au « *pouvoir de surveillance* »⁹ des autorités publiques par les citoyens. Mais que dire, ou plutôt que faire, lorsque la transparence (au sens physique et politique du terme) conduit à la surveillance des citoyens par les autorités publiques, ou même par les autres citoyens ? Lorsque la transparence, symbolisée par l'utilisation du verre, conduit à la destruction de la liberté individuelle par un État qu'Hannah Arendt pourra qualifier de « *totalitaire* », ce sont évidemment, premièrement, les maisons qui sont transparentes, mais Zamiatine nous montre que ce sont aussi les consciences qui le deviennent. Voilà l'intérêt essentiel de *Nous autres*, celui de mettre en exergue, dès 1920, les mécanismes du régime soviétique, reposant avant tout sur une volonté de contrôler les moindres détails de la vie privée des individus. Nous devons à l'amitié bienveillante du Professeur Claude Courvoisier d'avoir attiré notre attention sur un projet de film d'Eisenstein, dans les années 1927-1928, qui se serait intitulé *Glass House*, et qui reprend étrangement la trame de *Nous autres* afin, lui aussi, de démontrer la dangerosité des utopies liées à l'architecture de verre.

Avant d'essayer de comprendre comment l'État Unique utilise la transparence, il est nécessaire, en quelques lignes, de divulguer la trame de *Nous autres*. Dans la Cité idéale décrite, qui a aboli tous les sentiments, D 503, le constructeur du vaisseau « *L'Intégral* », l'engin à vocation impérialiste, rencontre une jeune femme, I 330, qui réveille en lui des sentiments enfouis, qui lui fait retrouver sa vraie nature humaine. Elle lui fait découvrir l'existence de dissidents, les Méphis, qui vivent au-delà du Mur Vert. D 503 accepte de livrer *L'Intégral* aux Méphis qui s'en serviraient pour prendre le pouvoir et renverser l'État Unique. Mais le complot est déjoué par les Gardiens, ces policiers de l'État, D 503 accepte d'être lobotomisé en admettant qu'il s'est fourvoyé et I 330 est exécutée... on peut évidemment voir dans tout cela nombre de symboles ; les Méphis représentent les traditions ancestrales russes que le pouvoir soviétique veut détruire. L'État Unique, c'est la société soviétique, le pouvoir personnel, le culte du leader (le Bienfaiteur), les slogans léninistes, la volonté d'universalisation du système. Mais au-delà de cette critique fort intéressante du régime, la dystopie de Zamiatine repose, selon nous, et avant

plus grand besoin. La discrétion sur ses affaires privées, jadis vertu aristocratique, est devenue de plus en plus le fait de petits bourgeois arrivés. » (*Le surréalisme, le dernier instantané de l'intelligentsia européenne* [1929], in *Œuvres II*, Gallimard, « Folio Essais », 2000, p. 118).

⁹ Selon l'expression de Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, 2006.

tout, sur le fondement même du régime ; la transparence, présente directement ou indirectement dans tout l'ouvrage. On pourra certes nous objecter de sur-interpréter le texte de Zamiatine ; nous tenterons de démontrer qu'en fait *Nous autres* n'a finalement que pour objet la transparence et son utilisation politique. C'est ainsi que nous pensons que notre raisonnement peut se structurer autour de trois éléments. L'État Unique impose une obligation de transparence (I), que, lorsqu'elle est permise, la transgression de la transparence se fait toujours sous le contrôle de l'État Unique (II). La chute de l'État Unique ne pourra se concrétiser qu'à partir d'une prise de conscience reposant sur la négation de la transparence (III).

I. L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE IMPOSÉE PAR L'ÉTAT UNIQUE

La transparence recouvre un double aspect dans la description de la Cité par Zamiatine ; elle est évidemment symbolisée par la Cité de verre, imposant la transparence architecturale. Mais elle se double aussi d'une volonté de transparence psychologique, la transparence des individus et de leurs sentiments.

La transparence architecturale vise évidemment tous les bâtiments publics ; l'Auditorium, l'endroit où l'on opère les malades, est en verre. La Cloche de verre, lieu de torture où se jouera une scène essentielle à la fin du livre, est construite selon le même modèle. « *L'Intégral* » est un appareil électrique en verre, le Mur Vert (en verre) protège la Cité contre les Barbares, contre les étrangers, contre l'Inconnu. L'obligation de transparence architecturale s'étend aux trottoirs, aux immeubles abritant les habitations individuelles. Les murs sont transparents ; la justification de cette architecture est évidente ; personne n'a rien à cacher, ni au regard des autres ni à celui de l'État Unique. Cette architecture prend évidemment le contrepied de tout ce qui caractérisait la civilisation des Anciens, construite en bois ou en ciment, matériaux non transparents, où le verre ne servait que pour les fenêtres, ne servant qu'à un usage extérieur, permettant de voir de l'intérieur vers l'extérieur, et faire rentrer la lumière. L'individu Ancien était prisonnier de ces murs traditionnels, enfermé dans son espace individuel, enfermement physique et psychologique. Les nouveaux matériaux et la nouvelle architecture conduisent évidemment, et c'est leur finalité même, à une abolition de la frontière entre le public et le privé, celui-ci a totalement disparu dans cette nouvelle cité. L'architecture est ainsi convoquée à des fins politiques. Mais officiellement ce n'est pas sous le prétexte de détruire tout germe d'individualité dans chaque citoyen, ni pour contrôler toutes les activités privées. La

transparence architecturale absolue n'est là que pour faciliter la tâche pénible du Bienfaiteur ; protéger les citoyens en voyant tout ce qui peut leur arriver et ainsi lui permettre d'intervenir. La transparence a ainsi, officiellement, une fonction sécuritaire... ce qui est évidemment en totale contradiction avec un autre discours du régime qui veut que tous les sentiments aient été abolis, engendrant un « homme nouveau ». Que pourrait donc bien craindre le citoyen dans une telle Cité ?

La nature même est convoquée à l'appui de la transparence : le soleil est omniprésent dans cette Cité, brillant de toute sa force et inondant les murs de verre de lumière, renforçant si possible la transparence et la luminosité. Les nuits elles-mêmes sont blanches et, précise même Zamiatine, d'une couleur de verre¹⁰.

La transparence architecturale n'est que le reflet (ou la cause ?) de la transparence psychologique qui règne dans l'esprit des habitants. Zamiatine n'a de cesse de répéter à son lecteur que l'État Unique a réussi ce qu'aucun autre État n'avait réussi à accomplir avant lui ; il a aboli tous les anciens sentiments humains, la haine, la violence et même jusqu'à l'amour. Les hommes, et leurs âmes, sont devenus totalement transparents. Ont-ils seulement conservé quelque chose de leur ancienne nature humaine alors même qu'ils ne sont caractérisés aux yeux des autres que par une lettre et un numéro ? Cette dénomination démontre bien la volonté de l'État de tout régler grâce à la pseudo-puissance de la science et d'une organisation scientifique, qui se veut donc rationnelle. La transparence architecturale des murs est mise en avant pour bien faire comprendre au Numéro (et non plus au Citoyen ni à l'Individu) qu'il n'est qu'une partie infinitésimale d'une unité immense, puissante, devant laquelle il n'est rien... La transparence s'est ainsi glissée jusque dans les âmes des numéros : lorsqu'il regarde la compagne que le Bienfaiteur lui a attribuée, O 90, D 503 voit dans ses fenêtres, ses yeux, qu'il n'y a au fond d'elle rien d'inutile et d'étranger. La fenêtre de verre que sont les yeux permet ainsi de sonder l'âme de l'autre. Les numéros se regardent ainsi entre eux comme s'ils étaient tout entier en verre, et donc totalement transparents. Dans son journal intime, qui constitue *Nous autres*, D 503 s'oblige à ne rien cacher car ceci serait contraire à toute l'idéologie et au fonctionnement même de la cité. Lorsqu'il découvre l'existence des Méphis, cette organisation qui prétend délivrer l'humanité du joug bienfaisant de l'État, il se permet de noter dans son journal intime : « *délivrer l'humanité ! C'est extraordinaire comme les instincts criminels sont vivaces chez l'homme. Je le dis sciemment : criminels. La liberté et le crime sont*

¹⁰ Cet usage de la couleur blanche est souvent utilisé par Zamiatine, tantôt pour caractériser la nuit (la nouvelle *Le Lion*, de 1935, in Evgueni ZAMIATINE, *Le pêcheur d'hommes. Nouvelles*, Éditions et Rivages, 2007, p. 97-103), ou pour faire ressortir l'opacité du brouillard dans la nuit (l'image du lion blanc dans le brouillard de Moscou, *Une vision*, 1934, in *Le pêcheur d'hommes. Nouvelles*, op. cit., p. 91-96).

aussi intimement liés que, si vous voulez, le mouvement d'un avion et sa vitesse. Si la vitesse de l'avion est nulle, il reste immobile, et si la liberté de l'homme est nulle, il ne commet pas de crime. C'est clair. Le seul moyen de délivrer l'homme du crime, c'est de le délivrer de la liberté. Et à peine venons-nous de l'en délivrer (à peine est bien le mot quand on songe à l'âge du monde), que quelques misérables esprits arriérés... »¹¹. En quelques lignes, Zamiatine nous renseigne sur la prétention de l'État Unique (ou de l'URSS) à créer un homme nouveau et le traitement infligé aux dissidents, à ceux qui veulent retrouver une certaine conception de la liberté... Il y a ici, sous la plume du numéro modèle qu'est alors D 503, toute la conception du régime politique ; délivrer l'homme de la liberté, c'est, au final, le seul moyen de le rendre libre... ceux qui veulent rétablir la liberté sont donc les ennemis de la liberté.

Cette dystopie se caractérise également par l'absence de description d'une organisation politique, contrairement aux utopies traditionnelles. Est-ce à dire que cela n'intéresse pas Zamiatine ou bien, au contraire, que le fonctionnement de l'État Unique est tellement simple que l'organisation politique en est réduite à un strict minimum ? Nous pencherions plutôt pour la seconde solution. En effet, toute l'organisation semble se résumer et se concentrer dans la personne du Bienfaiteur. Zamiatine ne décrit pas ses pouvoirs, qui semblent sans bornes, mais évoque brièvement son élection. Avec une volonté symbolique forte, celui-ci est élu à ce qui correspond aux jours de Pâques pour les anciens, lors d'un vote qui s'effectue à mains levées ; « *on dit que les anciens pratiquaient le vote secret, en se cachant comme des voleurs. '...]. Nous n'avons rien à cacher, nous n'avons honte de rien, c'est pourquoi nous fêtons les élections loyalement et en plein jour. Je vois les autres voter pour le Bienfaiteur et ceux-ci me voient également. [...] Cette procédure est beaucoup plus ennoblissante et plus sincère que celle en honneur chez les anciens, « secrète » et d'une couardise de bandits. De plus, elle est beaucoup plus conforme à son but, car, en supposant l'impossible, si une dissonance se produit dans l'homophonie habituelle, nous avons les Gardiens, invisibles parmi nous, qui peuvent arrêter les numéros tombés dans l'erreur, les préserver de faux pas futurs et sauver ainsi l'État Unique »¹². Le secret du vote que nous, modernes, considérons comme un des éléments fondamentaux d'un système démocratique, est ici totalement rejeté. La « publicité », au contraire, a plusieurs vertus aux yeux de l'État Unique et même du citoyen modèle. Elle est évidemment une preuve de transparence, de sincérité, mais on comprend aussi qu'elle est un élément de sécurité du régime, permettant de surveiller et de veiller au bon déroulement du scrutin, afin d'assurer la réélection du Bienfaiteur, et même de prévenir toute « dissidence » qui ne pourrait être le fait que d'individus perturbés psychologiquement.*

¹¹ Evgueni ZAMIATINE, *Nous autres, op. cit.*, p. 45.

¹² *Ibid.*, p. 135.

II. LA TRANSGRESSION DE LA TRANSPARENCE SOUS LE CONTRÔLE DE L'ÉTAT UNIQUE

Il est topique de relever que les rares moments où la transparence s'efface ou disparaît dans le récit s'inscrivent tous dans une démarche particulière, autorisée et sous le contrôle de l'État Unique. Ils sont évidemment exceptionnels et, de ce fait, acquièrent aux yeux du lecteur une valeur de symbole. La transgression perd en fait son caractère « contestataire » ou « révolutionnaire » car elle est permise et même, dans certains cas, rendue obligatoire par l'État, quitte à ce que, ensuite, ce dernier soit conduit à la réprimer.

Ainsi la transparence disparaît lorsque l'État réglemente les activités sexuelles. Le « moment sexuel » est le seul où une certaine intimité peut s'exercer. Mais il ne faut pas oublier que la sexualité, dans cette société, est dépourvue des anciens sentiments, qui ont disparu. Elle semble réglée par une certaine mécanique, y compris dans son rythme. Elle ne peut avoir lieu que pendant les « *jours sexuels* », c'est-à-dire ceux que l'État Unique définit comme tels. L'État examine en effet chaque individu et établit pour lui un tableau des jours sexuels, seuls jours où l'individu peut avoir une relation sexuelle. La description de ce procédé est saisissante : « *après avoir vaincu la Faim, l'État Unique mena une campagne contre l'autre souverain du monde, contre l'Amour. Cet élément fut enfin vaincu, c'est-à-dire qu'il fut organisé, mathématisé, et, il y a environ neuf cent ans, notre 'Lex Sexualis' fut proclamée : 'N'importe quel numéro a le droit d'utiliser n'importe quel autre numéro à des fins sexuelles'. Le reste n'est plus qu'une question de technique* »¹³. L'individu, ou plutôt le numéro se voit décerner un carnet de tickets roses qu'il va utiliser pour convoquer tel ou tel numéro, en déposant une demande écrite auprès de l'autorité compétente, valable uniquement de 22 à 23 heures pendant les jours sexuels. La volonté de l'État, bien décrite, est évidemment de faire disparaître tout ce qui pourrait rappeler l'ancienne civilisation, l'Amour et surtout le Désir, symbole de l'ancienne condition animale de l'Homme.

Mais cette activité sexuelle se caractérise, comme écrit précédemment, par une certaine intimité. En effet, un élément nous paraît fondamental, du moins dans la perspective de notre démonstration, un simple petit élément matériel qui change radicalement la perspective de transparence et d'organisation systématique de l'activité sexuelle. En effet, celle-ci s'exerce au domicile de l'un des numéros ; mais c'est le seul moment où celui-ci peut tirer le rideau sur sa fenêtre, le seul moment où le verre est obstrué, séparant ainsi le numéro, pendant une heure, du reste de la cité. Ce seul élément de non-transparence permet ainsi un moment fugace où l'espace

¹³ *Ibid.*, p. 33.

privé apparaît dans une journée sous le contrôle total de l'État Unique. Le narrateur décrit ainsi admirablement cet instant où les numéros baissent le rideau, ce spectacle de nuit où les immeubles de verre sont comme tâchés par des rideaux baissés, masquant aux yeux de tous et de l'État les activités sexuelles : « *Arrivé de l'autre côté de l'avenue, je regardai autour de moi. Ici et là, dans les masses de verre traversées par le soleil, s'étageaient des cellules gris-bleu, aux rideaux baissés et opaques qui faisaient tâche. C'étaient les cellules du bonheur rythmique, taylorisé* »¹⁴. Vision surréaliste où finalement le rideau, censé assurer l'intimité, attire encore plus l'attention des autres numéros de par son utilisation exceptionnelle et par l'esthétisme architectural qu'il impose... Le simple geste de baisser, ou de pouvoir baisser, le rideau ouvre ainsi une autre perspective de vision, dans tous les sens du terme, de la cité...

Ce contrôle de l'État sur la transparence, et sur sa transgression, s'étend aussi à un autre mécanisme que nous avons déjà évoqué. Celle du procédé de désignation du Bienfaiteur, l'élection à mains levées, sous le regard des autres citoyens mais aussi, et surtout, des Gardiens. Ce procédé, dont l'État Unique vante les mérites au nom de la sincérité, est aussi un moyen de s'assurer de l'unité du corps social. Ce que le narrateur qualifie de « *plus grande catastrophe de l'histoire* » a lieu lors de cette cérémonie. 6 millions de bras se lèvent pour la réélection du bienfaiteur. Mais des milliers de mains (dont celle de I) se lèvent pour voter contre... c'est donc lors d'une manifestation de transparence voulue par le régime que s'effectue la première contestation. Mais celle-ci est, grâce à la transparence, aussitôt étouffée par le Bienfaiteur. Dès le lendemain, le journal officiel prétend que des incidents lors de ce vote ont été provoqués par les « *ennemis du bonheur* » : « *la cérémonie a été troublée par un pénible incident provoqué par les ennemis du bonheur qui, de ce fait même, se sont naturellement privés du droit d'être les pierres angulaires de l'État Unique, hier renouvelé. Il est évident qu'il eût été aussi absurde de tenir compte de leurs voix que de considérer comme faisant partie d'une magnifique et héroïque symphonie la toux de quelques malades se trouvant par hasard dans la salle de concerts* »¹⁵. L'opération de transparence a, *in fine*, permis de détecter les « malades ». Quelques jours après, le journal annonce : « *ce n'est pas de votre faute ; vous êtes malades. Votre maladie, c'est l'imagination. [...] C'est la dernière barricade sur le chemin du bonheur. Réjouissez-vous, elle est vaincue ! Le chemin est libre ! Le dernier pas que vient de faire la Science Nationale consiste dans la découverte du centre de l'imagination. Une triple application des rayons X sur ce centre vous guérira à jamais. [...] Hâtez-vous, jeunes et vieux, hâtez-vous de vous soumettre à*

¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵ *Ibid.*, p. 144-145.

la Grande Opération. Courez aux auditoria où elle est pratiquée. Vive la Grande Opération, vive l'État Unique, vive le Bienfaiteur ! »¹⁶. La lobotomie à grande échelle servira donc à ramener les malades dans le droit chemin, en détruisant leur imagination.

III. LA NÉGATION DE LA TRANSPARENCE COMME PRISE DE CONSCIENCE CONTRE L'ÉTAT UNIQUE

Le long cheminement qui amène D 503 à redécouvrir les sentiments anciens enfouis en lui semble toujours se présenter en opposition à la volonté de transparence affichée par l'État Unique. Sans prétendre à l'exhaustivité, certains éléments semblent essentiels à notre exposé :

- le lieu des rendez-vous entre D 503 et I 330 se situe dans ce que les citoyens appellent « *la Maison Antique* », relique de la civilisation passée. Pour cacher ces relations non autorisées par l'État Unique, il n'est pas innocent que cette Maison Antique soit une vieille maison de briques, quasiment en ruines, qui ne s'effondre pas pour la seule raison qu'elle est protégée par une coquille de verre.
- le verre devient synonyme de froid, d'échec pour D 503. Pour preuve le chapitre très court où il explique que O 90 vient lui rendre visite, lors d'un jour sexuel, et que, après avoir baissé le rideau, le froid véhiculé par le plancher de verre le contraint à l'impuissance¹⁷.
- c'est la transparence qui permet à D 503, dès le début du récit, d'opposer O 90, celle qu'il considère comme sa « *légitime* », à I 330, la rebelle. Au-delà de la description physique (O, toute en rondeurs, contrairement à I, fine, tranchante, souple), un détail attire l'attention du lecteur. Pour D, « *les têtes des gens sont opaques et n'ont que les yeux comme fenêtres* »¹⁸. Or ces fenêtres sont totalement différentes chez les deux femmes : chez O, elles sont totalement transparentes, « *je pénètre par ces fenêtres bleues sans rien rencontrer : à l'intérieur il n'y a rien d'inutile ni d'étranger* »¹⁹. Chez I, « *j'avais devant moi deux fenêtres sombres avec, derrière, une vie inconnue* »²⁰.
- c'est le miroir, dans son appartement, qui renvoie à D l'image de son autre, celui qu'il était avant d'être un numéro, son « moi velu » (le

¹⁶ *Ibid.*, p. 170-171.

¹⁷ *Ibid.*, p. 80-82, « Note 14. 'Mien' impossible. Le parquet froid ».

¹⁸ *Ibid.*, p. 38.

¹⁹ *Ibid.*, p. 45.

²⁰ *Ibid.*, p. 38.

poil peut aussi être analysé comme l'antithèse de la transparence, ce qui cache la peau. Ce qui caractérise d'ailleurs les Méphis, les rebelles, lorsque D les rencontre, est leur nudité et surtout leur système pileux : « *Tu ne savais pas qu'un petit groupe de ces hommes restèrent derrière les Murs. Ils partirent nus pour la forêt et s'y instruisirent au contact des arbres, des animaux, du soleil. Ils se couvrirent de poils sous lesquels coulait un sang chaud et rouge. Votre sort fut pire : vous vous êtes couverts de chiffres, qui rampent sur vous comme des poux. Il faut vous en débarrasser et vous chasser nus vers la forêt* »²¹). C'est cette image que lui renvoie le miroir lorsqu'il éprouve un sentiment de jalousie, inconnu jusqu'alors, lorsqu'il imagine que I s'est inscrite avec un autre homme que lui pour le jour sexuel : « *je me vitrifiâis et je vis ce qui était en moi* »²²...

- certaines nuits sont inondées par le brouillard (comme dans beaucoup de nouvelles de Zamiatine, annonçant alors un événement modifiant le cours de l'histoire). C'est lors d'une de ces nuits que les murs de verres sont dissous dans le brouillard, que la Cité semble comme disparue, que I emmène D à la Maison Antique. D avoue à ce moment sa peur : « *je déteste le brouillard, j'en ai peur* ». Et I de lui répondre : « *donc, tu l'aimes. Tu en as peur parce qu'il est plus fort que toi, tu le détestes parce que tu en as peur et tu l'aimes parce que tu ne peux le soumettre à ta volonté. On ne peut aimer que l'indomptable* »²³. La vie de D s'effondre à ce moment-là, dans le brouillard et dans la maison en briques ; « *le moment était venu, je l'étreignis, me soumettant à la loi précise et immuable, celle qui soude le fer à l'aimant. Il n'y avait plus de billet rose, ni de calculs, ni d'État Unique et je n'existais plus* »²⁴. Ce brouillard, au fur et à mesure du récit, envahit son cerveau, un brouillard d'abord léger et vacillant, puis opaque, qui ne lui permet plus de distinguer ce qui relève du rêve ou de la réalité.
- D détourne, une nuit, la fonction sexuelle du rideau, afin de fournir un alibi à I, voulant montrer au gardien qu'elle est avec lui. Pendant cette heure sexuelle, I est en fait avec les Méphis, les dissidents. « *Mes rideaux tombent pour cacher le crime de quelqu'un* »²⁵. Le rideau devient

21 *Ibid.*, p. 158.

22 *Ibid.*, p. 63. « *Je suis devant un miroir et, pour la première fois de ma vie, je dis bien pour la première fois de ma vie, je me vois clairement, distinctement, consciemment, et me regarde avec étonnement, comme si j'étais 'lui', un autre. Il est là ; les sourcils froncés et noirs, dessinés suivant une droite, au milieu, il porte comme une cicatrice, une ride verticale [...]. Je me regarde, je le regarde, et sais que cet étranger aux sourcils en ligne droite m'est inconnu. Je le rencontre pour la première fois. Le vrai moi, ce n'est pas lui* » (*ibid.* p. 65).

23 *Ibid.*, p. 76.

24 *Ibid.*, p. 78.

25 *Ibid.*, p. 110.

ainsi un véritable acte de désobéissance et de rébellion vis-à-vis de l'État Unique, et D en est immédiatement conscient lorsqu'il écrit dans son journal que « *les ténèbres se referment sur nous, traversées par une étincelle : j'ai franchi le parapet (de verre)* »²⁶.

- et, enfin, lors de l'insurrection des Méphis, ceux-ci font exploser le mur de verre entourant la Cité, laissant entrer d'innombrables oiseaux noirs. C'est le moment où la Cité vacille, « *c'était le jour du jugement dernier. La transparence des murs me fit voir, dans quelques maisons, des numéros s'accoupler cyniquement, sans avoir baissé les rideaux, sûrement sans billets roses, en plein jour* ». Moment unique de transgression absolue, permise par la destruction du mur de verre, mais malheureusement provisoire...

L'opacité, la non-transparence, semblent ainsi, dans le récit de Zamiatine, toujours pouvoir être associées à une revendication de liberté. Et lorsque la transparence réapparaît, la liberté et la résistance s'essouffent, voire disparaissent. Ainsi, lorsque D se saisit du vaisseau *L'intégral* pour aider les Méphis, il découvre qu'il a été trahi et un membre de l'équipage resté fidèle au Bienfaiteur regarde à travers lui, comme s'il avait été de verre²⁷. Le retour à la transparence s'assimile toujours à un retour à l'Ordre, au triomphe du Bienfaiteur et de l'État Unique, à la défaite de ce qu'il restait d'humanité dans les Numéros. Les dernières pages de *Nous autres* sont, sur ce point, édifiantes. D, ayant reconnu être malade après avoir été convaincu par le Bienfaiteur qui lui apprend que c'est O qui les a dénoncés, I et lui, demande à être lobotomisé et assiste, indifférent, au traitement infligé à une femme ; il ne reconnaît pas I qui subit le traitement de la Cloche de verre (!!) : « *son visage devint très pâle et, comme ses yeux étaient grands et noirs, cela la rendit très jolie. Quand on commença à pomper l'air, elle renversa la tête et serra les dents en fermant à demi les yeux. Cela me rappela quelque chose. Elle me regarda ensuite, les mains serrées aux bras du fauteuil, jusqu'à ce que ses yeux se fussent complètement fermés. On la sortit, pour la faire revenir vivement à elle au moyen des électrodes, et on la remit sous la cloche. Cette opération fut répétée trois fois et jamais un mot ne sortit de ses lèvres. Ceux que l'on avait amenés en même temps qu'elle se montrèrent plus honnêtes. Beaucoup parlèrent dès le premier essai. Ils iront tous demain à la Machine du Bienfaiteur* »²⁸. L'État Unique a vaincu, la civilisation de verre aussi. Faut-il pour autant en conclure à un pessimisme de Zamiatine ? Il y a peut-être une autre interprétation à donner à cette chute du récit. En effet, le verre, la transparence, n'ont pas empêché la mise en cause du régime et sa quasi-chute. Conscient de ce danger, l'État Unique

²⁶ *Ibid.*, p. 112.

²⁷ *Ibid.*, p. 190. De même, lorsqu'il s'aperçoit qu'il a échoué, D écrit ; « *je me renfermai en moi-même comme dans une vieille maison opaque. J'amoncelai des pierres devant ma porte, fermai les volets...* ».

²⁸ *Ibid.*, p. 214.

a établi un nouveau Mur pour se protéger, mais cette fois-ci qui n'est plus en verre ; il s'agit d'un mur d'ondes à haute tension : « *Nous avons cependant réussi à établir, dans la 40^e avenue, un mur provisoire d'ondes à haute tension. J'espère que nous vaincrons ; bien plus, je suis sûr que nous vaincrons, car la raison doit vaincre* »²⁹. Le D lobotomisé est d'un optimisme sans faille. Mais le mur de verre ayant déjà été brisé, on peut espérer que le mur électrique succombera aussi sous les revendications des « *moi velu* », des bêtes sauvages de l'autre côté du mur.

29 *Ibid.*, p. 215.

Transparence et totalitarisme

Bernard QUIRINY

63

La transparence est-elle totalitaire ? La question a été posée en 2010 à l'occasion de l'affaire « Wikileaks »¹, lorsque cette organisation a rendu publics plusieurs milliers de documents diplomatiques américains. Au-delà des interrogations légitimes sur l'opportunité de son initiative (thèmes du secret nécessaire à la conduite des relations internationales, du secret-défense, etc.), la controverse a été marquée surtout par l'idée selon laquelle un tel culte de la transparence participerait d'une logique « fasciste », voire « totalitaire » – argument récurrent chez des journalistes (Claude-Marie Vadrot parle d'une « *dérive fascisante de la nouvelle idéologie de la transparence* »²), des romanciers (Yann Moix : « *La transparence est toujours fasciste* », Wikileaks « *n'appartient pas à la démocratie mais à la dictature* »³) ou des personnalités politiques, de la majorité (Brice Hortefeux, ministre de l'Intérieur : « *Parfois, la transparence est une forme de totalitarisme* » ; François Baroin, ministre du Budget : « *Une société transparente, c'est une société totalitaire* ») comme de l'opposition (Hubert Védrine, ancien ministre des Affaires étrangères : la transparence est « *un totalitarisme masqué* »).

1 Sur l'affaire « Wikileaks », cf. notamment Magali BESSONNE, « Culte de l'internet et transparence : l'héritage de la philosophie américaine », *Esprit*, juillet 2011, p. 145 et s. et Marc-Olivier PADIS, « L'affaire WikiLeaks : une pédagogie du journalisme ? », *Esprit*, janvier 2012, p. 185 et s.

2 <http://www.politis.fr/Wikileaks-vers-une-derive,12449.html>

3 <http://laregledujeu.org/moix/2010/12/10/461/wikileaks-la-transparence-est-toujours-fasciste/>

Le vocabulaire est confus (fascisme, dictature, totalitarisme), l'idée aussi. Que l'initiative de Wikileaks soit discutable est certain ; dire qu'elle relève du totalitarisme relève en revanche de l'abus de langage, et mélange deux idées : la transparence de la société civile aux yeux du pouvoir, et la transparence du pouvoir aux yeux de la société civile – la première typique du totalitarisme, la seconde nécessaire sans doute en démocratie, où doit prévaloir le « *devenir public de la sphère publique* », selon une expression de Castoriadis⁴. Ce dernier définit les différents régimes à partir d'un schéma qui distingue abstraitement trois sphères dans la société, sphères qu'il nomme *oïkos*, *ecclesia* et *agora*. L'*oïkos* (maison, famille) désigne « *la sphère privée, [...] le domaine dans lequel le pouvoir ne peut ni ne doit intervenir* » (sous réserve bien sûr de la répression des infractions, de l'obligation d'instruction, etc.). L'*ecclesia* (au sens métaphorique) est le « *lieu du pouvoir, domaine public* »⁵ : « *Dans l'ecclēsia au sens large, comprenant aussi bien l'assemblée du peuple que le 'gouvernement' et les tribunaux, je suis dans un espace public/public : je délibère avec les autres pour décider, et ces décisions sont sanctionnées par le pouvoir public de la 'collectivité'* »⁶. Enfin, l'*agora* désigne la société civile, « *le domaine dans lequel les individus se rencontrent librement, discutent, contractent entre eux, publient et achètent des livres, etc.* »⁷, bref, « *un espace public mais qui est en même temps privé, car aucune décision politique (législative, gouvernementale ou judiciaire) ne peut y être prise* »⁸. L'*oïkos* est privée/privée, l'*agora* publique/privée, l'*ecclesia* publique/publique, et leur articulation permet d'identifier les régimes. Il y a démocratie quand les sphères sont séparées, et que la sphère publique est effectivement publique – « *devenir vraiment public de la sphère publique/publique* »⁹ ; *a contrario*, si elle est privatisée, si « *les*

4 Cornelius CASTORIADIS, « Fait et à faire », *Fait et à faire*, Seuil, 1997, p. 63.

5 Cornelius CASTORIADIS, « La démocratie comme procédure et comme régime », *La Montée de l'insignifiance*, Seuil, 1994, p. 229.

6 Cornelius CASTORIADIS, « Quelle démocratie ? », *Figures du pensable*, Seuil, 1999, p. 152.

7 Cornelius CASTORIADIS, « La démocratie comme procédure et comme régime », *op. cit.*, p. 229.

8 Cornelius CASTORIADIS, « Quelle démocratie ? », *op. cit.*, p. 152.

9 Cornelius CASTORIADIS, « Fait et à faire », *op. cit.*, p. 63. Ce qui ne signifie évidemment pas que la transparence caractérise à elle seule le « *bon régime* » : le fait que la sphère publique soit transparente ne signifie rien d'autre que ce régime est plus démocratique qu'un autre où les décisions seraient prises en secret. Rien n'empêche donc de souscrire simultanément à la critique du culte de la transparence comme critère ultime de la bonne décision (cf. par exemple Guy CARCASSONNE : « *Seul sera jugé satisfaisant le processus de décision parfaitement transparent. Qu'importe s'il se révèle inapte à produire la moindre décision ou n'en produise que de médiocres* », « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 17-18). *A contrario*, on ne saurait être convaincu par un discours qui désolidariserait transparence et démocratie, par exemple chez Yves-Charles ZARKA : « *Le plus inquiétant est que l'idéologie de la transparence est aujourd'hui souvent liée à l'idée de démocratie. Comme si le progrès de la démocratisation était corrélatif de l'extension de la transparence et du recul du secret* ». Mais précisément : comment y aurait-il démocratisation sans recul du secret dans les affaires publiques, ni extension de la transparence de la sphère publique ? (Cf. Yves-Charles ZARKA, « Ce secret qui nous tient », *Cités*, 2006/2, p. 3).

décisions sont prises derrière le rideau »¹⁰ et si la chose publique est l'« affaire privée des divers groupes et clans qui se partagent le pouvoir effectif »¹¹, on n'est plus face à la démocratie mais à une oligarchie. Quant au totalitarisme, d'une part les sphères n'y sont pas séparées (tout est public – négation de la séparation entre la société civile et l'État), d'autre part la sphère publique y est privatisée (par une bureaucratie, le parti, etc.) – double caractéristique vérifiée aussi bien dans le cas de l'Allemagne nazie que dans celui de la Russie soviétique, ce qui justifie pour Castoriadis qu'on les regroupe, quelles que soient par ailleurs leurs différences¹².

Vocabulaire mis à part, on trouve une grille d'analyse similaire chez d'autres auteurs, par exemple Jean-Michel Belorgey qui distingue les sociétés « innocentes » (primitives), lesquelles pratiquent la transparence publique et privée, les sociétés traditionnelles, qui pratiquent le secret public et privé, les sociétés libérales parfaites, qui pratiquent le secret privé et la transparence publique, les sociétés « autoritaires » (on dirait ici « totalitaires »), qui pratiquent le secret public et la transparence privée, et enfin les sociétés libérales actuelles, où prévaut un mélange de transparence et de secret à tous les niveaux¹³. Par ailleurs, la remarque est valable même si on entre dans une distinction plus précise entre la « démocratie » au sens authentique (démocratie classique, « directe », autogouvernement du peuple sur le modèle athénien) et le régime « représentatif » contemporain dont Bernard Manin a énuméré les principes : « Pour que les gouvernés puissent se former des opinions sur les sujets politiques, relève-t-il à propos de ce type de régime, il faut qu'ils puissent avoir accès à l'information politique, cela suppose une certaine publicité des décisions gouvernementales. Si les gouvernants décident en secret, les gouvernés n'ont que de très faibles moyens de se forger des opinions en matière politique [...] une certaine publicité est requise pour l'information des citoyens »¹⁴ (même si cette publicité ne doit pas nécessairement aller jusqu'à la transparence complète).

En appliquant ces typologies à Wikileaks, on constate que l'initiative de l'association, quels que soient les reproches qu'elle encourt par ailleurs, ne participe pas d'une logique totalitaire mais d'une logique démocratique, puisqu'elle consiste à rendre les activités du pouvoir transparentes pour le

10 Cornelius CASTORIADIS, « Fait et à faire », *op. cit.*, p. 63.

11 *Ibid.*

12 « Dans les deux cas, la distinction entre le privé et le public est abolie, la sphère privée de chaque citoyen est absorbée par le pouvoir, et la sphère publique elle-même devient 'propriété privée' et secrète du groupe dominant » : par conséquent, « l'opinion courante qui ne distingue pas entre fascisme (ou mieux, nazisme) et communisme n'est pas entièrement fautive » (« Communisme, fascisme, émancipation », *Une société à la dérive*, Seuil, 2005, p. 231-232).

13 Jean-Michel BELORGEY, « L'État entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 25-32.

14 Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, « Champs », 1996, p. 214-215.

public, donc à assurer le devenir public de la sphère publique. Ainsi, toute transparence n'est pas totalitaire ; la transparence est démocratique ou totalitaire selon le sens où elle s'exerce – transparence du pouvoir pour la société ou transparence de la société pour le pouvoir.

Cette précision faite, force est de constater que l'idée de « *société transparente* » est bien l'un des thèmes-clés de l'analyse du totalitarisme, particulièrement dans la critique développée en France à partir des années 1970. Quasi absent du débat intellectuel hexagonal pendant plusieurs décennies, en raison de la domination du marxisme dont la grille de lecture économique empêchait de prendre en considération ce phénomène *politique* qu'est le totalitarisme (comment réunir en effet sous la même étiquette des régimes aussi différents que l'Allemagne nazie, capitaliste, et la Russie stalinienne, socialiste ?), le concept y fait une entrée en force avec les travaux de Claude Lefort (qui s'y consacre depuis 1956 et son article « Le totalitarisme sans Staline »¹⁵), Marcel Gauchet, Marc Richir ou François Furet, ainsi que des intellectuels gravitant autour des revues *Libre* (fondée en 1976 par Lefort, Miguel Abensour, Castoriadis, Pierre Clastres, Marcel Gauchet et Maurice Luciani) ou *Esprit*. Accélérée par la parution en France en 1974 du premier tome de *L'Archipel du goulag*¹⁶, l'étude du totalitarisme devient l'enjeu prioritaire pour la réflexion, avec d'autant plus d'urgence que le concept a été délaissé jusque-là. « *Réfléchir sur la politique aujourd'hui*, écrit Marcel Gauchet en 1976, *ce doit être réfléchir d'abord sur l'État totalitaire. N'est-il pas temps en effet de considérer dans l'État totalitaire le phénomène qui domine notre siècle, le nouveau par excellence de notre époque, à l'image, s'il fallait une comparaison, de la révolution industrielle du siècle dernier ?* »¹⁷

C'est dans ce cadre qu'apparaît l'idée de la société totalitaire comme société *transparente*, de la « *transparence à soi* » de la société totalitaire. Le totalitarisme, explique Lefort, c'est « *l'homogénéité et la transparence à soi* » de

15 « Le totalitarisme sans Staline », *Socialisme ou Barbarie*, n° 14, juillet-septembre 1956, repris dans *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Gallimard, « Tel », 1979, p. 155-235. Lefort commentera plus tard : « *C'est sans doute à partir de 1956 que j'ai commencé à penser en termes de totalitarisme [...] La question a commencé à se déplacer pour moi [...] Le déclin, si vous voulez, c'est la découverte que le totalitarisme désigne une formation socio-historique originale, une formation moderne* » (« Aperçu d'un itinéraire », *Le Temps présent*, Belin, 2007, p. 348).

16 Les polémiques à ce sujet sont retracées par François HOURMANT dans *Le désenchantement des clercs. Figures de l'intellectuel dans l'après-Mai 68*, Presses Universitaires de Rennes, « Res Publica », 1997, p. 57-91. Claude LEFORT publiera deux ans plus tard une analyse de *L'Archipel : Un homme en trop. Réflexions sur « L'Archipel du Goulag »*, Seuil, « Combats », 1976. Cf. la recension de Paul THIBAUD : « Une lecture politique du 'Goulag' », *Esprit*, n° 7-8, juillet-août 1976, p. 29-37.

17 Marcel GAUCHET, « L'expérience totalitaire et la pensée du politique », *Esprit*, n° 7-8, juillet 1976, p. 3.

la société¹⁸, la « *visée de transparence* »¹⁹ ; Marc Richir définit la Révolution comme « *la recherche ou l'incarnation de la transparence* »²⁰, « *la visée de transformation de l'ordre social existant pour le rendre transparent à la société idéale, de la société instituée pour la rendre transparente à la société instituant* »²¹. Dans sa préface de 1974 aux *Considérations sur la Révolution française* de Fichte, significativement intitulée « *Révolution et transparence sociale* », il ajoute : « *En un sens très profond, c'est toute la pensée 'révolutionnaire' qui est animée de la croyance en une transparence de la société à elle-même dans le 'moment' de la Révolution* »²² – et de viser à nouveau ce phénomène de « *transparence de la société à elle-même, transparence de l'instituant à l'institué, de l'idée au réel, du projet à sa concrétisation, de la volonté à ce qu'elle vise, de la liberté à son destin, transparence qui serait réalisée dans et par la Révolution [...]* *Transparence de l'instituant à l'institué dans le moment d'une institution absolument maîtresse d'elle-même* »²³. Le couple opacité/transparence entre dans le vocabulaire de la pensée politique, par exemple chez François Furet qui l'utilise souvent, notamment dans la première partie de *Penser la Révolution française* en 1979 : « *Michelet s'installe dans la transparence révolutionnaire, Tocqueville pense qu'elle masque une opacité* »²⁴ ; « *Il y a transparence entre l'action révolutionnaire et le sens global que lui donnent ses acteurs* »²⁵ ; dans la Révolution « *l'action est transparente au savoir et à la morale* »²⁶, etc.

Que faut-il entendre par cette idée de transparence sociale, « *société transparente* », « *transparence à soi de la société* » ? Sans analyser en détail la conceptualisation des différents auteurs, nous voudrions simplement élucider ici

18 Claude LEFORT, « L'image du corps et le totalitarisme », *L'invention démocratique*, Fayard, 1981, p. 166.

19 Claude LEFORT, « La logique totalitaire », *L'invention démocratique*, op. cit., p. 103.

20 Marc RICHIR, « L'aporie révolutionnaire », *Esprit*, n° 9, septembre 1976, p. 180.

21 *Ibid.*

22 Marc RICHIR, « Révolution et transparence sociale », in Johann Gottlieb FICHTE, *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française*, Payot, 1974, p. 10.

23 *Ibid.*

24 François FURET, *Penser la Révolution française*, in *La Révolution française*, Gallimard, « Quarto », 2006, p. 30.

25 *Ibid.*, p. 33.

26 *Ibid.*, p. 39. Le terme revient dans d'autres textes des années 1975-1980 : « *Rousseau indique, en écrivant Le Contrat social, la condition de possibilité [du salut par l'histoire] : c'est la transparence entre l'individuel et le social* » (« La Faute à Rousseau » [1978], *Penser le XX^e siècle*, Robert Laffont, « Bouquins », 2007, p. 326) ; « *Le comité de Salut public ne tarde pas à se confondre avec [l]a propre personne [de Robespierre]. Par une série de 'transparences', on part donc du 'peuple' et on en arrive à Robespierre* » (« La Révolution et ses fantômes » [1978], *ibid.*, p. 338) ; Marx « *conserve comme visée philosophique fondamentale la désaliénation de l'individu, son épanouissement à l'intérieur d'un système de relations transparent* » (« Marx et son arbre généalogique » [1979], *ibid.*, p. 343) ; « *Il n'existe plus rien à côté ou au-dessus du pouvoir pour le fonder [...] Il doit donc, simplement pour être, remplir cette condition exorbitante d'être transparent au social* » (« Quand l'État perd la raison » [1980], *ibid.*, p. 348).

le sens général de l'expression en montrant qu'elle renvoie à deux éléments, deux représentations, presque deux fantasmes : l'un qu'on nommera fantasme de la construction (I), l'autre fantasme de l'indivision (II).

I. LE FANTASME DE LA CONSTRUCTION

L'expression « *société transparente* » doit, dans un premier sens, être prise au pied de la lettre : la société totalitaire se croit transparente, c'est-à-dire qu'on peut voir à travers elle, jusque dans ses profondeurs. Le dirigeant totalitaire, en surplomb, dans « *la position du Maître, de celui qui voit et nomme tout* »²⁷, regarde à travers elle, la perce intégralement à jour, sans zone d'ombre ni opacité. Il n'y a pas d'obstacle entre la société et le discours qu'il va tenir sur elle : son discours est réputé correspondre exactement au réel (le réel lui est parfaitement connu), inversement tout le réel est susceptible de faire l'objet de son discours (rien n'échappe à son regard). Il n'y a pas d'hétérogénéité entre discours et objet, l'un est transparent à l'autre. Dans cette perspective, écrit Lefort, « *le réel est transparent en droit, le sens se lit dans les faits, la théorie est elle-même transparente. De la réalité à la théorie, comme de la théorie à la réalité, le passage est toujours évident. À peine s'agit-il d'un passage : ils sont dans la même lumière* »²⁸ ; Marc Richir parle pour sa part de « *transparence de l'instituant à l'institué* », du fantasme d'un « *corps social qui se réfléchit lui-même et se donne un contrat social absolument adéquat à sa volonté* ».

Dans le cas de la Russie stalinienne, poursuit Lefort, cet idéal s'exprime à travers la planification – « *la fantasmagorie du Plan* »²⁹. Avec le Plan, la société est réputée dire tout ce qu'elle fait (elle est intégralement connaissable, donc transparente) et faire tout ce qu'elle dit (elle est malléable, transformable au gré du discours, sans résistance et sans reste). Tout ce qui existe est censé figurer dans le Plan, tout ce qui figure dans le Plan est censé se réaliser. « *Tout se passe comme si le pouvoir avait la capacité d'exhiber l'ouvrage social commun, ou comme si, par sont truchement, la société s'exhibait devant elle-même* »³⁰ ; « *le parti [...] propage la norme générale qui fournit l'assurance d'une sorte de réflexion de la société sur elle-même* »³¹ et « *les indices de production, fébrilement affichés, sont censés fournir la preuve continue de la validité dans le réel* ».

27 Claude LEFORT, « La logique totalitaire », *op. cit.*, p. 102.

28 Claude LEFORT, *Un homme en trop [...]*, *op. cit.*, p. 174.

29 Claude LEFORT, « La logique totalitaire », *op. cit.*, p. 103.

30 *Ibid.*

31 Claude LEFORT, « Esquisse d'une genèse de l'idéologie dans les sociétés modernes », *Les Formes de l'histoire*, Folio, « Essais », 2000, p. 535.

du discours »³². En découle que la société socialiste est aussi une société sans histoire, puisque tout est prévu d'avance, intégralement su, sans place pour l'inconnu : « *L'avenir est supposé contenu dans le présent* »³³. Phénomène qui rappelle la foi religieuse (le croyant qui connaît le dessein de Dieu connaît du même coup le monde, le révolutionnaire qui a lu Marx connaît du même coup l'Histoire), quoiqu'il ne lui corresponde pas exactement : le mot foi « *ne convient pas ici, car il suppose un excès de la croyance sur la connaissance du monde [...]. On aime à répéter que, soit l'Histoire, soit le Communisme tient lieu de Dieu [aux communistes] ; mais ces formules sont futiles et trompeuses. Elles masquent le rapport nouveau qui s'est établi entre le sujet et le supposé réel – rapport qui s'installe dans un univers tout visible, tout intelligible, et, du même coup, annule en lui le besoin de voir et de penser* »³⁴.

En découle que le pouvoir du dirigeant sur la société est complet, que rien ne peut lui résister – la société est transparente à son action, il peut la configurer à volonté, comme un mécanicien sa machine. Tel est le fantasme de la *construction*, qui consiste à voir la société comme un ensemble de rouages offerts à l'intervention du pouvoir. La société est organisable, constructible, comme une matière amorphe à modeler, « *perçue dans son ensemble comme une vaste organisation comprenant un réseau de micro-organisations* »³⁵. Il y a pour la pensée totalitaire une « *rationalité immanente au social* », et par conséquent une formidable « *foi en l'organisation, qui implique que non seulement tout doit être organisé, mais que la société est organisation* »³⁶ – « *le social, en son essence, se définit [...] comme de l'organisable* »³⁷.

De ce délire témoignent par exemple les grands travaux de Staline, comme la construction du Belomorkanal et du Volgokanal.

*A considérer cet épisode, [...] on entrevoit ce que signifie organiser.
Tout est fait pour que la vie du camp soit réglée par son Appareil,*

32 *Ibid.*, p. 546.

33 Claude LEFORT, *Un homme en trop [...]*, *op. cit.*, p. 53. « *La société, écrit aussi Lefort, se présentant comme toute positive [...], ne doit avoir rien au-dehors d'elle-même, c'est-à-dire rien à l'intérieur d'elle-même qui puisse indiquer une autre forme, donner figure à une alternative, ou, en d'autres termes, elle ne doit contenir aucune classe, aucun groupe ou agent social, quel qu'il soit, qui puisse revendiquer explicitement le nouveau ou seulement le faire présager par sa pratique ou bien son langage* » ; on est devant un « *prodigieux refus de toute innovation qui transgresserait les limites d'un avenir déjà su, d'une réalité en principe déjà maîtrisée. L'inconnu, l'imprévisible, l'indéterminable sont les figures de l'ennemi* » (« *La logique totalitaire* », *op. cit.*, p. 103). « *Le totalitarisme s'assure contre le risque de la fracture du temps par l'affirmation brutale d'une vérité de l'histoire, qui fait des progrès futurs le développement du présent (de sorte qu'il n'y a jamais que certaines choses dicibles, dans les frontières de l'ordre établi, et que l'inconnu est domestiqué, circonscrit dans le registre du connu)* » (« *Esquisse d'une genèse de l'idéologie dans les sociétés modernes* », *op. cit.*, p. 565).

34 Claude LEFORT, *Un homme en trop [...]*, *op. cit.*, p. 175.

35 Claude LEFORT, « *La logique totalitaire* », *op. cit.*, p. 102.

36 Claude LEFORT, « *L'impensé de l'union de la gauche* », *L'invention démocratique*, *op. cit.*, p. 143.

37 Claude LEFORT, « *L'image du corps et le totalitarisme* », *op. cit.*, p. 169.

*pour mobiliser non seulement les forces des détenus, mais leurs pensées au service d'une tâche commune fixée par l'État et dénommée socialiste. On engloutit ainsi les individus dans l'organisation ; en d'autres termes, on use physiquement les détenus, parfois jusqu'à l'extermination, et, simultanément, on s'acharne à dissoudre les volontés grâce à des institutions, le collectif de travail, puis la brigade, grâce à une propagande incessante qui tend à inscrire en chacun le discours du pouvoir. Un tel engloutissement, on se tromperait à croire qu'il advient du simple fait de la démesure de l'entreprise et parce que les chefs ne reculent devient aucun moyen pour atteindre au but. Il est, pour une part essentielle, l'enjeu de l'opération. Supprimer l'élément humain, ou plutôt démontrer qu'il peut être traité en tant que tel comme matière, telle est la manière de faire reconnaître le règne de l'organisation.*³⁸

Gorki n'en fait-il pas l'aveu lors de sa visite sur le chantier du Belomor-kanal, quand il dit que « *la matière première humaine est incommensurablement plus difficile à travailler que le bois* » ? « *Il faut être sourd, commente Lefort, comme savent l'être certains marxistes-léninistes, pour ne pas comprendre que tout est dit là, en une phrase. Et inutile de s'étonner qu'elle vienne sous la plume d'un intellectuel. C'est leur nature : les intellectuels vendent la mèche* »³⁹.

Songons aussi aux métaphores industrielles dont sont friands les Soviétiques, et qui témoignent de cette vision du social comme machine (et des individus comme rouages) : tel gouvernant est un « *commissaire de fer* », les dirigeants communistes sont « *trempez dans l'acier* », Staline est le « *génial mécanicien de la locomotive de l'histoire* », etc.

Ainsi, le fantôme de la transparence ne se limite pas aux représentations : il a des conséquences pratiques, puisqu'en niant la distance entre le réel et le discours il postule la disponibilité de l'un pour l'autre, et encourage l'intervention permanente du pouvoir sur l'étendue du social. « *Le modèle scientifico-technique, celui de l'entreprise de production, régie par la division rationnelle du travail, ont été non seulement importés du capitalisme occidental, mais se sont en quelque sorte emparés de la société entière* »⁴⁰. En somme, conclut Lefort, « *avec ce régime culmine le dessein artificialiste qui s'ébauche au XIX^e siècle, celui d'une société qui s'auto-organiserait, de telle sorte que le discours énonciateur de la rationalité technique s'imprimerait dans la forme même des rapports sociaux, de telle sorte qu'à la limite, la 'matière sociale', la 'matière humaine' se révélerait de part en part de l'organisable* »⁴¹.

38 Claude LEFORT, *Un homme en trop [...]*, op. cit., p. 103.

39 *Ibid.*, p. 104.

40 Claude LEFORT, « L'image du corps et le totalitarisme », op. cit., p. 169.

41 Claude LEFORT, « Permanence du théologico-politique ? », *Essais sur le politique*, Points, « Essais », 2001, p. 302.

II. LE FANTASME DE L'INDIVISION

Mais aussi, cette société-machine se voit simultanément comme un corps. On pourrait croire au paradoxe, car les deux images, l'organicisme et l'artificialisme, semblent s'exclure ; or, la nouveauté du totalitarisme, sa « modernité » (qui le différencie des catégories anciennes comme le despotisme ou la tyrannie), c'est justement « *qu'il combine un idéal radicalement artificialiste avec un idéal radicalement organiciste. L'image du corps se conjugue avec celle de la machine. La société se présente comme une communauté dont les membres sont rigoureusement solidaires, en même temps qu'elle est supposée se construire jour après jour, qu'elle est tendue vers un but – la création de l'homme nouveau –, qu'elle vit dans un état de mobilisation permanente* »⁴².

Unifiée comme un corps, animée par la même volonté unique, la société se veut rassemblée, cohérente, soudée, sans contradictions ni déchirure, sans partis ni lutte de classes. « *La société étatisée apparaît comme un grand corps dont les organes et les membres fonctionnent d'une seule pièce [...] Sous le signe de l'organicisme, c'est la vertu du collectivisme qui n'en finit pas de se répandre d'un bout à l'autre de la société. Pas de secteur qui échappe à la loi de l'association, pas de catégories – les jeunes, les vieux, les femmes comme les paysans, les ouvriers ou les intellectuels – qui ne soient voués à s'identifier comme membres d'une collectivité unie* »⁴³. La société marche d'une pièce : elle va dans le même sens, ses membres ne font qu'un, elle est « *vouée à se rapporter à elle-même dans toutes ses parties, à combiner dans une même marche les mouvements de ses membres, collectivités et individus, à parler un même langage* »⁴⁴. Elle est donc harmonieuse, réunifiée, par opposition à la société d'avant la Révolution où prévalaient les conflits, les luttes d'intérêts, les déchirures que l'idéologie avait pour fonction de masquer.

Dans le cas de l'URSS, cette réunification est inscrite dans les gènes du régime, si on applique l'analyse marxiste : les moyens de production ayant été nationalisés, il n'y a plus d'opposition entre propriétaires et prolétaires, c'est-à-dire plus de classes, donc plus de lutte des classes.

De là un processus d'unification qui se déploie dans deux directions.

D'une part, l'État fusionne avec la société. « *Avant toute chose, explique Lefort, le discours totalitaire efface l'opposition de l'État et de la société civile ; il se voue à rendre manifeste la présence de l'État dans toute l'étendue de l'espace social, c'est-à-dire à véhiculer à travers une série de représentants le principe de pouvoir qui informe la diversité des activités et les contient dans le modèle d'une*

⁴² Claude LEFORT, « La question de la démocratie », *Essais sur le politique*, op. cit., p. 23.

⁴³ Claude LEFORT, *Un Homme en trop [...]*, op. cit., p. 76.

⁴⁴ Claude LEFORT, « Staline et le stalinisme », *L'invention démocratique*, op. cit., p. 122-123.

commune allégeance »⁴⁵. Il n'y a plus de différence entre pouvoir et société (« *Le pouvoir [...] figure en quelque sorte la Société elle-même en tant que puissance consciente et agissante : entre l'État et la société civile la ligne de clivage se fait invisible* »⁴⁶), et ce grâce à une chaîne d'identifications : « *Identification du peuple au prolétariat, du prolétariat au parti, du parti à la direction, de la direction à l'Egocrate. A chaque fois, un organe est à la fois le tout et la partie détachée qui fait le tout, qui l'institue* »⁴⁷. Dès lors, l'État est partout dans la société, puisqu'il est la société : rien ne lui échappe, il contrôle tout, rien ne peut exister sans lui, ou sans servir à ses vues. « *La notion de société civile s'efface* », il n'y a « *pas de valeurs, pas de normes indépendantes en fonction desquelles s'ordonneraient des secteurs spécifiques d'activité* »⁴⁸. D'où l'espèce d'omniscience du parti, qui agit sur tout, prétendant tout connaître, remodelant tout selon ses normes, y compris la physique ou la biologie. « *Le fait est que les communistes se sont toujours montrés comme des hommes qui jugeaient de toutes choses* »⁴⁹, que le bureaucrate « *sérige comme détenteur du pouvoir et du savoir ; il contrôle l'ouvrier, le paysan, l'ingénieur, le pédagogue, l'écrivain, profère la norme* »⁵⁰, en sorte que « *devient intolérable l'idée d'une société civile – entendons : une société dans laquelle puissent, plus que coexister, se mesurer les uns aux autres, éventuellement se modifier les uns au contact des autres, des opinions, des croyances et des intérêts divergents, dans laquelle puissent se déployer des champs d'activité dont la relation se soustraie à tout point de survol, et mette en échec le volontarisme et le constructivisme des dirigeants de l'État* »⁵¹.

D'autre part et surtout, la société fusionne pour ainsi dire avec elle-même, se soude dans un formidable « *processus d'homogénéisation de l'espace social* »⁵². Ainsi « *se trouve dénié le principe d'une division interne à la société [...] La notion même d'hétérogénéité sociale est récusée, la notion d'une variété de modes de vie, de comportement, de croyance, d'opinion, dans la mesure où elle contredit radicalement l'image d'une société accordée avec elle-même* »⁵³. On retrouve la société-corps, « *conçue comme un individu collectif, agissant, se faisant, prenant possession de toutes ses facultés pour s'accomplir [...] un corps qui a la ressource de contrôler les mouvements de chacun de ses organes et de chacun de ses membres* »⁵⁴. Le régime totalitaire n'accepte pas de déchirure, la

45 Claude LEFORT, « Esquisse d'une genèse de l'idéologie dans les sociétés modernes », *op. cit.*, p. 535.

46 Claude LEFORT, « La logique totalitaire », *op. cit.*, p. 98-99.

47 Claude LEFORT, « L'image du corps et le totalitarisme », *op. cit.*, p. 167.

48 Claude LEFORT, « Staline et le stalinisme », *op. cit.*, p. 123.

49 Claude LEFORT, *La Complication, essai sur le communisme*, Fayard, 1999, p. 22.

50 Claude LEFORT, « Esquisse d'une genèse de l'idéologie dans les sociétés modernes », *op. cit.*, p. 537.

51 Claude LEFORT, *La Complication [...]*, *op. cit.*, p. 73.

52 Claude LEFORT, « La logique totalitaire », *op. cit.*, p. 101.

53 *Ibid.*, p. 92.

54 Claude LEFORT, « Staline et le stalinisme », *op. cit.*, p. 122.

variété, le conflit : la société est une et même, les conflits sont censés résolus, l'harmonie doit régner. « *Nazisme et communisme annoncent la résolution des conflits qui déchirent le monde moderne et ont toujours déchiré, sous une autre forme, l'humanité* »⁵⁵.

Refusant ses divisions internes, la société n'en accepte en vérité qu'une : celle qui l'oppose à l'extérieur. Il n'y a pas d'opposition intérieure, seulement des ennemis étrangers. Il « *ne saurait y avoir de division qu'entre le peuple et ses ennemis : une division entre l'intérieur et l'extérieur, pas de division interne* »⁵⁶. C'est pourquoi la Russie expulse ses opposants en Sibérie, à l'extrémité du continent – presque à l'étranger –, dans des îles ; choix qui procède de raisons de commodité pénitentiaire, mais qui recèle aussi une dimension symbolique : « *Situés de fait sur le territoire national, [les camps] n'en font pas à proprement parler partie. On les repousse vers le Grand Nord, on choisit des îles, par souci de sécurité peut-être, mais surtout [...] sous l'effet d'un fantasme d'exclusion* »⁵⁷. De même, ce culte de l'homogénéité permet de comprendre la passion des régimes communistes pour l'auto-dénonciation : en se déclarant coupable, l'opposant résorbe symboliquement la déchirure dans l'unité sociale, et se réinjecte dans le circuit en prenant part à ses procédures. D'opposant, il se réinscrit dans la logique du pouvoir, tenant de lui-même le discours que le pouvoir tient sur lui. « *Les inculpés sont sommés d'avouer leurs desseins dans les termes dictés par les agents du pouvoir ; il faut qu'ils profèrent eux-mêmes le discours de ce pouvoir, que celui-ci s'affirme comme seul possible, qu'ils y inscrivent donc la modalité de leur opposition et perdent ainsi leur extériorité, soient réintégrés dans le 'peuple' pour figurer son ennemi de l'intérieur* »⁵⁸.

On remarque aussi que, pour afficher son unité, la société totalitaire est obligée de se découvrir sans cesse des ennemis, de se nettoyer, se purger. Nécessité logique : comment montrer qu'on est pur, sinon en exhibant les souillures qu'on s'enlève ? Pour continuer d'être pur et s'en assurer, il n'y a donc d'autre choix que de découvrir sans cesse des souillures nouvelles, en retranchant de nouveaux ennemis, quitte à les fabriquer au besoin. « *Si le peuple doit être l'Un, explique Lefort, il faut en soustraire les hommes en trop, s'acharner à produire des ennemis ; ainsi seulement s'établit l'Un, dans la suppression de l'Autre* »⁵⁹.

[Le régime totalitaire] est voué à extirper de soi tout ce qui porte atteinte à son intégrité, à éliminer ses parasites, ses nuiseurs, ses déchets [...] il faut l'image de cet ennemi, de cet autre, pour soutenir

⁵⁵ Claude LEFORT, *La Complication [...]*, op. cit., p. 199-200.

⁵⁶ Claude LEFORT, « L'image du corps et le totalitarisme », op. cit., p. 165-166.

⁵⁷ Claude LEFORT, *Un Homme en trop [...]*, op. cit., p. 96.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 54. Cf. aussi p. 122.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 76.

celle du peuple uni, sans division. L'opération qui instaure la « totalité » requiert toujours celle qui retranche les hommes « en trop » ; celle qui affirme l'Un requiert celle qui supprime l'Autre. Et cet ennemi, il faut le produire, c'est-à-dire le fabriquer et l'exhiber, pour que la preuve soit là, publique, réitérée, non seulement qu'il est la cause de ce qui risquerait d'apparaître comme signe de conflit ou même d'indétermination, mais encore, qu'il est éliminable, en tant que parasite, nuiseur, déchet. Grand procès, donc, par-delà les procès publics spectaculaires, qui s'instruit dans toute l'étendue du social, dont l'enjeu est l'affirmation de l'intégrité du peuple et le ressort la production des ennemis, non pas certes comme des opposants - ce qui laisserait supposer qu'ils puissent détenir une autre vue sur la société de l'intérieur d'elle-même, incarner en elle un autre possible -, mais comme symboles de l'altérité. Grande opération, donc, que les camps de concentration, nullement accidentelle, mais qui accompagne l'établissement du totalitarisme.⁶⁰

L'industrie pénitentiaire dans un régime totalitaire n'est donc pas un accident mais une nécessité, pour mettre en scène l'homogénéisation / purification. Les purges, inhérentes au régime, continuent même s'il n'y a plus d'opposition ; c'est pourquoi Staline se débarrasse de ses cadres fidèles, la purge ne visant pas à réprimer une opposition ou à résoudre un conflit mais à fabriquer et éliminer un ennemi pour attester l'unité du régime. Voilà qui explique aussi la décision de Staline, en 1948, de renvoyer en prison des détenus déjà emprisonnés en 1937, alors qu'ils n'ont pas commis de nouvelle faute et que cette incarcération n'a aucune utilité politique ou économique. Devant cette absurdité, Soljenitsyne avoue son incompréhension, et l'impute à la folie de Staline ; mais Lefort, lui, y voit une logique : « *La décision de Staline est liée à une représentation politique [...] S'il tient à la nature de l'État totalitaire de forger sans cesse l'image des 'ennemis de l'intérieur', s'il lui faut les produire, fournir la preuve que l'autre, le représentant de l'antisocial, est éliminable, il n'y a pas de limites de principe à la répression* » ; et, en l'espèce, « *le hasard a fait que des hommes étiquetés comme coupables et précipités dans les bas-fonds de la société sont parvenus à remonter à la surface. Rien n'oblige, certes, à les replonger dans les camps, mais rien ne l'interdit* »⁶¹.

Ce phénomène d'unification de la société, dont on remarque au passage qu'il engendre des conséquences contradictoires (la société ne peut rester *unifiée* que grâce à un opérateur d'unification, donc à un État *séparé* d'elle : « *Indivision de l'État et de la société, division radicale de l'un et de*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 51-52.

⁶¹ *Ibid.*, p. 65-66.

l'autre : ces deux représentations sont indissociables »⁶²), est l'aspect sur lequel insistent le plus les auteurs, en particulier Lefort chez qui c'est la clef de l'analyse. Pour Marcel Gauchet, l'idée d'indivision caractérise d'ailleurs mieux l'État totalitaire que celle de transparence :

Le terme de transparence qui a pu être avancé pour rendre compte de la visée propre à la révolution prolétarienne, n'est guère adéquat, écrit-il à propos de Marx. Il ne désigne pas l'essentiel. La question n'est pas, pour Marx, celle d'une société transparente - même si la formule se trouve dans Le Capital -, mais celle d'une société sans antagonisme, sans déchirement intérieur, sans opposition radicale. Le communisme : d'abord une société où il n'existerait plus d'intérêts fondamentalement divergents entre les individus. Société une et même.⁶³

Les idées d'indivision et de transparence ne se recourent-elles cependant pas ? Une société indivise est simplifiée à l'extrême, ramenée à l'unité ; c'est une société d'où a disparu toute complexité, toute contradiction, toute opacité – une société transparente.

L'idée de transparence a joué un grand rôle dans l'appréhension du phénomène totalitaire par la pensée française des années 1970. Il reste à préciser pour conclure que les deux fantasmes que nous avons décrits relèvent des représentations, des projets, et ne doivent pas être confondus avec la réalité des régimes : que ceux-ci aient aspiré à la transparence ne signifie pas qu'ils l'ont réalisée. « *En tentant de concevoir le totalitarisme, prévient Lefort, nous nous sommes toujours appliqué à distinguer ce qu'il est théoriquement, conformément au projet qui l'anime, et ce qu'il est en fait* »⁶⁴. De fait, « *entre [la fiction du système et la réalité] subsiste toujours un écart, si efficace soit la première* »⁶⁵, et aucun régime n'a été au bout de sa logique. « *Au temps même de son plus grand essor, [le totalitarisme] n'a jamais réussi à s'accomplir ; il portait, dès son début, le germe de contradictions, celles-ci se sont développées et il affronte maintenant leurs conséquences* »⁶⁶ : échec de l'unification de la société, échec de l'annulation de la distinction entre État et société, divergences d'intérêts au sein de la bureaucratie, hostilité de la population, etc.

⁶² *Ibid.*, p. 75.

⁶³ Marcel GAUCHET, « L'expérience totalitaire et la pensée du politique », *op. cit.*, p. 6.

⁶⁴ Claude LEFORT, « Reculer les frontières du possible », *Le Temps présent, op. cit.*, p. 432.

⁶⁵ Claude LEFORT, *Un Homme en trop [...], op. cit.*, p. 71-72.

⁶⁶ Claude LEFORT, « Sur la nature des régimes de l'Est », *Le Temps présent, op. cit.*, p. 502.

J'ai toujours insisté sur les deux aspects, souligne Lefort. D'un côté, j'ai essayé de montrer [...] qu'il y avait une logique du totalitarisme [...] Mais, d'un autre côté, je découvrais [...] le contraire : [l]e pouvoir censé être indistinct de la société se détachait d'elle, il la surplombait, il se plaçait au-dessus de tous, comme dans un autre régime. Au lieu du peuple-un apparaissait une scission entre la bureaucratie et la population [...] ; le parti [...] en venait à doubler tous les acteurs sociaux effectifs et à se transformer en un parasite ; l'organisation, dès lors qu'elle requérait le contrôle le plus rigoureux de toutes les activités et qu'elle étouffait toute liberté d'initiative, engendrait un considérable gaspillage et l'inertie.⁶⁷

Aussi n'était-il pas impossible de prévoir l'écroulement des régimes totalitaires, malgré leur apparence d'extrême stabilité liée à leur capacité d'étouffer l'opposition. Le totalitarisme est efficace à cause de ses moyens de répression, note Lefort en 1977, mais « *il suffirait d'une crise [...] pour que le régime se fissure [...]. Le jour où apparaîtrait en URSS une fissure, je pense que le régime ne tiendra pas* »⁶⁸. Deux ans plus tard, lors de la révolte en Pologne, il réaffirme que les régimes de l'Est sont plus fragiles qu'il n'y paraît, et que la moindre brèche pourrait leur être fatale : d'abord parce que les concessions consenties par les gouvernements pour apaiser les contestations démentent l'idée selon laquelle État et société ne font qu'un, donc affaiblissent le discours du pouvoir (« *Ses concessions ne lui servent pas, elles le discréditent plutôt ; elles achèvent de détruire cette identification au peuple, au prolétariat, qui est censée lui fournir sa pleine légitimité* »⁶⁹) ; ensuite parce que le pouvoir ne peut pas, sans démentir ce discours, tirer parti des conflits réels dans la société pour affaiblir la contestation, « *jouer sur les oppositions entre couches sociales différentes* »⁷⁰ qui sont censées ne pas exister ; enfin parce que de toute façon, le fait même que la contestation a surgi témoigne que le système a échoué, en tant qu'il était conçu pour l'empêcher. Dès 1956, ayant posé les éléments de sa théorie du totalitarisme, Lefort pouvait ainsi conclure, pour des raisons tenant à la structure même des régimes totalitaires, que l'URSS était menacée dans son existence, « *expos[ée] plus que tout autre pays à la critique et à l'action des masses* »⁷¹. Ce qu'il ne devinera cependant pas, c'est que l'écroulement

67 « *Les libertés ne peuvent être octroyées un jour et abolies le lendemain* » (*ibid.*, p. 658).

68 Claude LEFORT, « Goulag, détente et après-Brejnev », *ibid.*, p. 315-316.

69 Claude LEFORT, « Reculer les frontières du possible », *ibid.*, p. 425-426.

70 *Ibid.*, p. 426.

71 Claude LEFORT, « Le totalitarisme sans Staline », *op. cit.*, p. 234. D'où la colère rétrospective de Lefort lorsque, dans *L'avenir d'une illusion* de François Furet, il lira que l'éventualité d'une crise possible de l'URSS n'avait globalement été prévue par personne (*La Complication [...]*, *op. cit.*, p. 37).

du régime procédera non d'une révolte populaire, mais d'une désagrégation par le haut. « *Il y avait des degrés dans l'imprévisible* »⁷², conclut-il en 1999. Manière de dire qu'à leur façon, les régimes totalitaires avaient conservé pour l'analyste une part d'opacité.

72 Claude LEFORT, *La Complication [...]*, *op. cit.*, p. 38.

Transparence et notions voisines : quel apport ?

Julien BARROCHE

La question posée consiste à déterminer et à évaluer la valeur ajoutée du concept de transparence par rapport à une série de notions connexes et voisines, mais aussi, et peut-être surtout, à se demander ce que la diffusion récente du mot révèle de la période contemporaine.

79

I. LA TRANSPARENCE : ENTRE CONTEXTE ET VOISINAGE

La notion de transparence a connu un développement tel ces dernières années qu'elle semble endosser la dignité de principe fondamental, pour ne pas dire fondateur, de la démocratie libérale¹. C'est précisément cette évidence quasi religieuse qu'il s'agit de questionner : à l'instar de nombreux slogans à la mode qui suscitent la révérence inconditionnelle (malgré les injonctions contradictoires dont ils sont porteurs), à l'instar de tous ces mots d'ordre sans adversaires légitimes qui disqualifient la critique au nom de valeurs positives

¹ On ne compte désormais plus les lois qui, à un titre ou à un autre, s'en remettent explicitement à la transparence, ni les instances, conseils et autres commissions dont le cahier des charges lui fait la part belle. Pour une mise en perspective, cf. Christopher HOOD, « Transparency in Historical Perspective », in Christopher HOOD et David HEALD (éds.), *The Transparency, The Key to Better Governance ?*, Oxford University Press, 2006, p. 3-23.

devenues imparables, la transparence souffre d'une polysémie définitionnelle et sémantique ainsi que d'un profond mélange des genres (entre le discours de l'analyse et le discours de l'action principalement), confusion et polymorphisme eux-mêmes induits par sa diffusion lexicale, ses usages inflationnistes et la multiplication des registres dans lesquels elle est mobilisée.

À l'impression d'évidence, la transparence n'est pas sans ajouter l'apparence de l'inoffensivité, directement héritée de sa propre origine sémantique : le champ de la physique optique. La transparence ne se présente-t-elle pas comme le caractère, simple et rassurant, de ce qui laisse passer la lumière pour laisser apparaître la réalité dans toute sa vérité ? C'est à partir d'un tel point de départ relativement circonscrit que le mot a pu coloniser un très large spectre de discours dans lequel il revêt dès lors un sens analogique et figuré bien davantage qu'un sens propre au premier degré. Pareille dimension métaphorique indique d'emblée que le mot prendra un tour très approximatif dès l'instant où, sorti de son contexte naturel de naissance, il ne pourra plus renvoyer à un état de transparence réellement observable. On l'aura compris, ce qui importe, en l'occurrence, c'est bien le transfert du mot du champ de l'optique vers le domaine proprement humain : car le droit et la politique – pour ne prendre que les deux exemples qui seront considérés ici –, ne sauraient conférer à la transparence le statut qu'il revêt dans les contrées objectives de la physique optique.

Tout porte à croire que, ramené à la vie sémantique du concept, ce transfert de sens soit intervenu de manière assez tardive : les dictionnaires usuels s'accordent à situer la naissance du mot transparence dans la seconde moitié du XIV^e siècle, mais son sens figuré n'apparaît qu'à la fin du XVIII^e (sous la forme adjectivale) voire au XIX^e siècle (sous la forme substantivale)².

Quand bien même l'usage figuré du mot transparence est récent, objecte-t-on, les réalités qu'il recouvre sont anciennes. Pour légitime qu'elle soit l'objection n'invalide pas la démarche ici proposée. Il importe, en effet, de considérer ensemble le monde des idées et la matérialité sociale, non pour établir des liens de détermination causale entre les deux mais pour rompre avec la vision dualiste qui les sépare de manière binaire, et, ainsi, éviter de tourner en rond dans le cercle vicieux qui, indéfiniment, va du mot à la chose, et de la chose au mot. C'est précisément la vertu du concept au sens

2 Avant de s'appliquer au domaine du droit, de la politique et de l'économie, l'épithète transparent, utilisée au sens figuré, a commencé sa carrière sémantique dans le champ de la psychologie à la fin du XVIII^e siècle, signifiant alors « *qui ne cache rien* » et qualifiant, de manière plus générale, « *des propos, un comportement [...] aisément déchiffrables* » (*Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, II, p. 2156). Les datations de la naissance du substantif au sens figuré sont variables mais les dictionnaires la situent dans le courant du XIX^e siècle, entre la fin des années 1830 et le début des années 1860.

de Koselleck que d'intercaler un troisième terme entre ces deux pôles³. Le concept appelle l'interprétation ; il symbolise le réel mais, dans le même temps, le constitue en le transformant. S'il enregistre un fait social en train de se produire, il est aussi un facteur de ce même fait social. Connaître les conditions de naissance de la transparence, c'est donc donner tout son sens au mot et toute sa portée au concept afin de considérer dans leurs usages mêmes les indices révélateurs de changements historiques, politiques et sociaux.

Comment un contexte réinterprète-t-il ou crée-t-il les concepts dont il a besoin pour répondre à certaines questions, pour se comprendre lui-même, pour entrer en dialogue avec l'extérieur et avec le futur ? En retour, comment un concept agit-il sur un contexte ? Comment un mot parvient-il à imposer ses limites sémantiques aux différentes interprétations possibles dans un temps et dans un espace donnés ? Telles sont les interrogations auxquelles nous voudrions ici soumettre la transparence.

Notre parti pris méthodologique ne doit pas être dramatisé ou détaché de sa finalité ultime. Il ne s'agit pas de s'en tenir au simple niveau du repérage et de la collecte descriptive. Bien au contraire et à juste titre, la reconstitution d'une généalogie lexicologique peut autoriser à identifier les diverses significations imputées au vocable transparence et à dégager des propriétés communes parmi toutes les occurrences du mot. Deux exigences sont ainsi à tenir ensemble : la contextualisation du mot, de la notion et de leurs usages ; la prise en compte rétrospective de l'unité conceptuelle par delà la diversité des contextes historiques. Le meilleur moyen de répondre à ce double impératif consiste à reconstruire rigoureusement un itinéraire sémantique tout en refusant la crispation nominaliste sur le mot. En ce sens, l'entreprise de contextualisation historique doit s'entendre de manière ample comprenant la reconstitution du voisinage conceptuel de la transparence. C'est en effet la réinsertion du mot transparence dans son réseau de significations qui peut aider à comprendre pourquoi il survient, plutôt que tel autre, dans un texte (juridique notamment), sous la plume d'un auteur ou dans la bouche d'un acteur.

Par voisinage notionnel, il faut entendre autant le voisinage positif – les notions avec lesquelles la transparence développe des liens immédiats de proximité –, que le voisinage négatif et polémique – les notions avec lesquelles elle noue des rapports conflictuels et d'adversité. Le recours

³ Cf. Reinhart KOSELLECK, « Histoire des concepts et histoire sociale » [1972], *Le Futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, trad. fr. J. et M.-C. Hoock, Paris, Éditions de l'ÉHESS, 1990, p. 99-118 ; « Histoire sociale et histoire des concepts » [1986], trad. fr. D. Meur, *L'Expérience de l'histoire*, Gallimard - Le Seuil, 1997, p. 101-119.

à cette méthode, insistons-y, suppose de se doter d'une certaine souplesse d'appréciation autorisant à prendre en compte le maximum de configurations possible, ne serait-ce que pour ne pas restreindre *a priori* l'amplitude nécessaire du repérage. Il y a lieu, dans cet esprit, de distinguer les cas où le mot transparence apparaît *expressis verbis*, les cas où il n'apparaît pas mais où le signifié est présent de manière latente⁴, les cas où le mot survient dans le discours des acteurs, les cas où il pointe dans le langage des observateurs (les deux dernières hypothèses ne se superposant pas toujours). Évidemment, le droit revêt à cet égard un statut spécifique en raison même de sa double nature épistémologique. Si la reconstitution d'une cartographie générale de la transparence invite à différencier les registres d'énonciation, elle oblige en priorité à isoler le langage juridique des autres registres linguistiques, au sens, en particulier, où le droit positif et la jurisprudence ne sauraient s'assimiler à la doctrine ou à la science du droit.

S'agissant des notions connexes qui structurent positivement cette esquisse de carte conceptuelle, deux cercles concentriques au moins peuvent être dessinés selon leur degré de rattachement, direct ou indirect, à la transparence. Au sein du premier cercle, une place de choix doit d'abord être réservée à la notion de publicité, notion philosophique et politique particulièrement dense et fondatrice qui a fait l'objet d'une thématique juridique très élaborée à la faveur de la mise en place des régimes représentatifs et démocratiques⁵.

Viennent ensuite la visibilité et la limpidité, qui, à l'instar de la transparence, prennent leur sens originel dans le registre de l'optique, s'inscrivant dès lors dans le champ lexical de la vue et de la vision ; la lisibilité, l'intelligibilité et la clarté, qui participent de la même logique mais endossent une importance particulière au sens où le droit tend désormais à s'y référer pour définir une exigence de qualité de la loi⁶ ; l'ouverture,

4 À l'instar de l'historien danois Mogens Hansen, qui applique cette distinction à l'État, nous pourrions proposer de parler ici d'un concept « heuristique » et d'un concept « historique » de transparence (Mogens H. HANSEN, *Polis et Cité-État. Un concept antique et son équivalent moderne* [1998], trad. fr. A. Hasnaoui, Les Belles Lettres, 2004, p. 211-215). Le premier renverrait aux hypothèses dans lesquelles le concept de transparence est utilisé rétrospectivement par l'observateur pour décrire le réel mais n'apparaît pas en tant que tel dans la source première ; le second aux cas où le concept est présent *expressis verbis* dans la source première analysée.

5 Pensons à la conceptualisation kantienne qui fait de la *Publizität* la « formule transcendante » du droit public (Emmanuel KANT, *Vers la paix perpétuelle* [1791], trad. fr. J.-F. Poirier, F. Proust, GF Flammarion, 1991, p. 124-125 ; *Le Conflit des facultés en trois sections* [1798], trad. fr. J. Gibelin, Vrin, 1988).

6 C'est par exemple le cas dans le droit de l'Union européenne qui invoque la transparence pour, entre autres principes, signifier son attachement à l'exigence de qualité du droit, rédactionnelle notamment. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel français a dégagé un principe de clarté législative en 1998 et consacré, l'année suivante, un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. À ce principe et à cet objectif, il a ajouté en 2005 une exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

devenue principe régulateur du droit de l'Union européenne au titre de la bonne gouvernance (*infra*) ; l'immédiateté ; l'accessibilité, accompagnée de son corollaire juridique qui revêt un sens néanmoins différent de la simple capacité physique ou cognitive à accéder : le droit d'accès (à l'information, aux documents administratifs, etc.) ; la divulgation, la publication et la communication, ces deux dernières notions ayant fait l'objet de nombreuses applications en droit ; la *glasnost*, russisme au succès planétaire, qui doit ici être pris en compte en tant que tel, et non seulement parce qu'il a le plus souvent été traduit par transparence dans les différentes langues occidentales ; la traçabilité (dont le sens technique renvoie surtout à la traçabilité alimentaire) ; la spontanéité et l'authenticité ; la sincérité, la moralité, la probité, l'honnêteté, voire la pureté et l'innocence, qui font signe vers des considérations morales et psychologiques mais investissent massivement le champ de la politique, de l'économie et du droit (songeons à l'exigence de sincérité dans le domaine financier et dans le domaine parlementaire par exemple).

Au sein du second cercle de notions positives, une série de signifiants ressortent plus particulièrement, qui renvoient à la transparence par association, connotation et effet de halo. Que l'on pense à la confiance et à la neutralité ; à l'efficacité, à la sécurité (notamment à la sécurité juridique) et à la prévisibilité (qui conditionne les anticipations dans le champ économique) ; à la participation, à la proximité et à la démocratie (le droit de l'Union européenne ajouterait la subsidiarité)⁷ ; à la responsabilité et au contrôle ; à la bonne gouvernance et à la bonne administration ; etc.

À l'instar de la publicité s'agissant du premier cercle, une notion centrale se signale, là aussi, par sa puissance d'évocation et son effet d'attraction : la

⁷ Le principe de transparence a trouvé dans le droit européen son terrain d'élection privilégié. Au-delà de la seule question du droit d'accès aux documents administratifs et institutionnels, le principe de transparence, tel que déployé dans le cadre de l'Union européenne, répond à sa logique propre : se présentant comme une réponse au défi du déficit démocratique, il prend sens au sein d'une double rhétorique de l'ouverture et de la participation, deux principes significativement mis en avant par le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* publié en 2001. Précisons que la diffusion européenne du thème de la transparence s'est d'abord faite, principalement à partir du traité de Maastricht, par le biais de textes et de déclarations qui ne revêtent pas de portée normative. Il faut attendre le traité de Lisbonne pour que le mot fasse son entrée dans le droit de l'Union. Pour une mise en perspective générale, cf., parmi une littérature abondante, Joël RIDEAU (dir.), *La Transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1998 ; Kieran SAINT-CLAIR BRADLEY, « La transparence de l'Union européenne : une évidence en trompe l'œil », *Cahiers de droit européen*, 35, 3-4, 1999, p. 283-362 ; Jacques BIANCARELLI, Nicolas ROBERT, « Le principe de transparence en droit communautaire », *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 493-515 ; Paul P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 349-360 ; Ariane VIDAL-NAQUET, « La transparence », in Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 639-654 ; Deirdre CURTIN et Joana MENDES, « Transparence et participation : des principes démocratiques pour l'administration de l'Union européenne », *Revue française d'administration publique*, 137-138, 2011, p. 101-121.

vérité, dont l'application au domaine de la politique et du droit n'est pas sans susciter des interrogations de portée anthropologique et philosophique⁸.

Enfin, troisième et dernier niveau, les notions adverses qui font travailler négativement la transparence. Mentionnons pêle-mêle le secret, qu'il s'agisse du secret personnel (secret médical, secret bancaire, secret des données personnelles, etc., tels qu'ils ont été codifiés en droit), du secret d'État (de la raison d'État au secret-défense en passant par le secret diplomatique), du secret des délibérés juridictionnels (principe procédural fondamental en droit français) ou plus généralement des délibérations de tous ordres (instances politiques, instances administratives, jurys d'examen, etc.) ; le privé et l'intimité (ou l'intime) ; la discrétion (dont le juriste notera la racine commune avec la notion de discrétionnarité), la confidentialité, la réserve, ou plus négativement la dissimulation, qui suscite la méfiance et la suspicion (soupçon de conspiration, soupçon de corruption) ; l'opacité, l'obscurité et la fermeture ; le mensonge et l'hypocrisie ; la malhonnêteté et la fausseté ; le tabou et le mystère ; etc.

C'est en confrontant la transparence à l'ensemble de ses notions antonymes – dont la restitution ici proposée n'a bien sûr rien d'exhaustif –, en la faisant souffrir à leur contact, que l'on peut éviter son essentialisation ou son hypostasie. C'est en ne la déconnectant pas indûment de ses usages concrets, en ne la saisissant pas hors-sol, pourrait-on dire, que l'on se donne véritablement les moyens de ne pas postuler *a priori* ou de ne pas reconstruire *a posteriori* une fausse homogénéité interne du signifié. Car, selon le contexte où elle prend place, la transparence est toujours susceptible de prendre des colorations et des teintes très diverses : n'existe-t-il pas une gradation de la transparence tout comme il existe une échelle du secret ?

II. LA TRANSPARENCE : ENTRE ÉTAT ET SOCIÉTÉ

Il faut repartir du repérage sémantique pour ensuite remonter, selon une méthode régressive jusqu'aux foyers de sens matriciels de la transparence⁹. L'analyse contextuelle fait plus particulièrement ressortir l'importance du contexte de l'URSS finissante dans lequel, placée sous le signe de la *glasnost*, la transparence commence véritablement à acquérir son statut contemporain

⁸ Cf. Hannah ARENDT, « Vérité et politique » [1954], trad. fr. C. Dupont, A. Huraut ; reproduit dans *La Crise de la culture*, P. LÉVY (éd.), Gallimard, 1989, p. 289-355.

⁹ L'espace manquerait pour restituer l'ensemble des repérages sémantiques réalisés ; seuls sont donc consignés ici leurs principaux enseignements.

de mot-valise¹⁰. Mais ce qui importe en l'occurrence, dans cette attention à l'itinéraire du mot, c'est bien sûr la dimension politique prise par la rhétorique de la transparence en Union soviétique elle-même, c'est aussi, et peut-être surtout, le dialogue qui s'est souterrainement mis en place avec la démocratie en général et les démocraties européennes en particulier. Ce dialogue souterrain pointe principalement dans le discours de la presse occidentale qui confère alors au slogan de la *glasnost* une résonance d'envergure mondiale¹¹. Au point que, dès 1986, le russisme aura fait le tour du monde. Qu'il suffise ici de se reporter au seul cas français pour relever que, dans les tout premiers moments de la diffusion du mot, la presse politique a unanimement traduit *glasnost* par transparence, alors même que bien d'autres traductions auraient été envisageables (publicité par exemple). Avant, très vite, de se raviser : dans un second temps, en effet, le mot russe s'est lui-même imposé en français comme, d'ailleurs, dans l'ensemble des langues occidentales. Force est cependant de constater que la traduction inaugurale avait donné le la et posé les termes d'une équation d'égalité entre *glasnost* et transparence qui n'avait rien d'innocent. Dans l'intervalle, le mot auquel on s'en remettait dorénavant pour traduire *glasnost* avait trouvé un terreau favorable à son épanouissement autonome de ce côté-ci du Rideau de fer. Comme si, pour marquer leur différence ontologique avec leur contrepoint inversé, les démocraties libérales avaient eu besoin de différencier leur propre vocabulaire, non sans avoir elles-mêmes préalablement exprimé et implicitement reconnu ce qui s'apparente fort à une dette de sens.

Ce repérage sémantique est tout sauf anecdotique si l'on veut bien donner l'importance qu'ils méritent au langage des hommes et au parcours des mots. Ce que la transparence post-totalitaire conserve de sa dépendance au moment totalitaire, pourrions-nous dire en résumé : la dimension paranoïaque des relations entre État et société¹² ; et s'agissant plus particulièrement de sa

10 Le concept de *glasnost* est lancé par Mikhaïl Gorbatchev le 11 février 1985 lors d'un discours prononcé suite à sa nomination à la tête du Parti communiste de l'Union soviétique. Lors du XXVIII^e congrès du PCUS, le régime s'en saisit et redouble sa diffusion. Associé à celui de *perestroïka*, le slogan servira dès lors à vanter les mérites de la politique de réforme, de transparence et de divulgation de l'information impulsé par le nouveau leader. Aussi la *glasnost* s'inscrit-elle dans une politique de communication : elle ne signifie pas liberté de l'information ni liberté d'accès à l'information, elle signifie simplement augmentation du volume d'informations divulguées par le pouvoir à destination du public et droit pour les individus, défini de manière fort restrictive, d'exprimer certains points de vue sur la base des informations ainsi divulguées. L'emprise propagandiste du Parti communiste reste totale – il décide seul du contenu de l'information diffusée –, mais une brèche était ouverte qui, couplée à de nombreux facteurs, finira par avoir raison du système.

11 Cf. Éva BUCHI, V^o « *Glasnost* », *Bolchevik, mazout, toundra et les autres ? Dictionnaire des emprunts au russe dans les langues romanes. Inventaire, histoire, intégration*, Paris, CNRS, 2010, p. 163-166.

12 Cf. Nathalie ZALTZMAN, « La transparence », in Eugène ENRIQUEZ et Dominique LHUILIER (dir.), *Domaine privé, sphère publique*, Eska, 2001, p. 121-130.

dette envers la *glasnost*, la consistance de morale économique qu'elle vient revêtir en endossant, sous de nouveaux habits, l'imparable slogan de la lutte contre la corruption¹³.

Dimension paranoïaque des relations entre État et société, disions-nous : au-delà du seul cas soviétique, la formule condense toute l'ambivalence du totalitarisme dans son rapport à la transparence et au secret. Alors qu'ils se donnent à voir comme des régimes fonctionnant au secret, les systèmes totalitaires ne font rien de moins que pervertir le sens classique du secret en le piégeant de l'intérieur. Alors qu'ils pourraient être interprétés comme la continuation du projet moderne tendant à l'édification d'une société transparente à elle-même (*infra*), ils ne font rien de moins que reformater le sens même de la transparence en lui adjugeant une portée proprement inédite.

Hannah Arendt, la première, s'inspirant néanmoins des analyses d'Alexandre Koyré, a interprété les mouvements totalitaires comme des « sociétés secrètes établies au grand jour »¹⁴ et montré en quoi les systèmes totalitaires s'enracinent dans une conception dérégulée du secret – de laquelle l'observateur, pour en percer les codes, doit veiller à ne pas se rendre prisonnier. Si la proposition peut apparaître *a priori* paradoxale, elle décrit pourtant on ne peut mieux le caractère sans précédent du phénomène : les systèmes totalitaires fonctionnent sur le mode des sociétés secrètes mais sans rien dissimuler de leurs objectifs. Secret omniprésent, en quelque sorte, et devenu public par son omniprésence. Pour autant, et là réside toute la toxicité du dispositif, si ce secret public a encore à voir avec le secret (tout en lui faisant perdre sa définition classique), c'est parce que son contenu reste formellement traité comme un secret. Perversion du secret, donc, qui est aussi une perversion de la publicité : le secret public se dit dans une parole codée mais l'encodage est connu de tous. De là un système fondamentalement paranoïaque qui suppose, pour se perpétuer, la suppression de tout élément tiers, de tout élément extérieur en capacité d'attester de la réalité objective.

13 Pensez ici à l'efflorescence internationale d'organisations non-gouvernementales se donnant précisément pour tâche de lutter contre la corruption, au premier rang desquelles *Transparency International*, créée en 1993, dont le slogan fondateur se fait particulièrement évocateur : *The global coalition against corruption*. Sur le rôle des ONG dans la diffusion de la problématique transparente, cf. Stéphane ARPIN, « Vers un règne de la transparence ? », *Le Banquet*, 2008, 25, p. 137-154. Sur le couple transparence-corruption, cf. Daniel NAURIN, « Transparency, Publicity, Accountability. The Missing Link », *Swiss Political Science Review*, 12, 3, 2006, p. 90-98, p. 92 *sq.*

14 Hannah ARENDT, *Les Origines du totalitarisme, III. Le système totalitaire* [1951], trad. fr. J.-L. Bourget, R. Davreu, P. Lévy, H. Frappat, Le Seuil, 2002, p. 145-155, p. 155. Sur les sociétés secrètes, cf. les écrits séminaux de Georg Simmel (Georg SIMMEL, « Le secret et la société secrète » [1899-1907], *Sociologie* [1908], trad. fr. L. Deroche-Gurcel, S. Muller, PUF, 1999, p. 347-405 ; « La société secrète » [1908], trad. fr. C. Doucet, *Nouvelle revue de psychanalyse*, 1976, 14, p. 281-305).

C'est la dialectique État-société qui se trouve ainsi enrayée. Elle l'est d'autant plus qu'elle aura, au préalable, subi une série de déformations, au premier rang desquelles une assimilation polémique entre raison d'État, absolutisme et pouvoir arbitraire. Posée de manière exemplaire et décisive par Jürgen Habermas – qui prend ici le contrepied de la thèse koselleckienne –, dans les termes d'un raccourci historique à portée disqualifiante, cette équation va constituer l'un des principaux mobiles actifs de la montée en puissance du principe de publicité, tel qu'hérité des Lumières kantienne¹⁵. S'extraire de l'absolutisme et de l'arbitraire du pouvoir, doit-on comprendre, c'est nécessairement mettre fin au règne du secret, c'est placer le pouvoir sous le regard de la société. Publicité et secret (raison d'État) : deux états irréductibles l'un à l'autre ainsi placés dans une sorte d'extériorité quasi ontologique.

Koselleck, tout au contraire, avait mis au jour trois ans plus tôt le lien nécessaire de dépendance qui associe les Lumières au secret, en insistant sur la dimension d'emblée problématique de la dialectique qui s'opère entre sphère publique et raison d'État, entre transparence sociale et secret étatique¹⁶. N'est-ce pas la raison d'État elle-même, en effet, qui a créé les conditions historiques de l'émergence d'un espace public¹⁷ ? Dans une veine ouvertement schmittienne, Koselleck dénonce l'attitude moralisante de l'espace public libéral qui se pose alors en juge de la politique et qui tend à interpréter le pouvoir sur le mode accusateur de l'abus. À portée systématique et stigmatisante, cette interprétation se trouve, comme on sait, retournée en son contraire pour devenir, sous la plume d'Habermas, une description de la grande marche du progrès.

À tel point que tout se passe comme si la publicité habermassienne était portée par la promesse d'un développement devant ultimement conduire à l'éradication du secret. L'expérience démocratique oblige pourtant à

15 Jürgen HABERMAS, *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise* [1962], trad. fr. M. B. de Launay, Payot, 1997.

16 Reinhart KOSELLECK, *Le Règne de la critique* [1959], trad. fr. H. Hildenbrand, Minit, 1979.

17 Koselleck a, sur ce point, mis en évidence comment, face au défi des guerres de religion, les États européens en cours de construction ont été conduits à instituer une sphère privée de l'opinion et de la croyance de manière à exiger, en retour, la neutralité morale de la sphère publique. Telle serait la concession de l'absolutisme aux Lumières : un espace propre à la conscience individuelle. Celle-ci se trouve alors privatisée, à des fins de sécurité collective, et le domaine public, ainsi expurgé des ferments de division, devient idéologiquement neutre, et se dote d'une raison nouvelle, distincte de la raison individuelle : la raison d'État, sphère étatique du secret. À chacun sa sphère de secret, en quelque sorte : à l'État, la raison d'État ; à l'individu, la conscience individuelle. Les deux mouvements vont bien sûr de pair : en se formalisant, la réunion des consciences privées devient l'embryon du futur espace public, qui entend soumettre l'État absolutiste au « règne de la critique ». Ainsi, pour Koselleck, la demande de publicité est-elle un corollaire direct de la raison d'État. Issue de cette dernière, la publicité se retourne contre elle pour demander l'abolition du secret. Reste qu'en pratique l'exigence de publicité aura bien plutôt pour effet de reconfigurer la notion de secret.

reconnaître la persistance du secret, dès lors assimilé à une dérive despotique, voire à une menace totalitaire toujours en sommeil.

À trop se focaliser sur ce couple secret-publicité (déjà amplement travaillé), on est porté à oublier que cette émergence sociale d'une revendication de publicité du pouvoir s'origine dans un mouvement historique qui peut se lire dans les termes suivants : l'État moderne, pour se pérenniser et asseoir son autorité, a besoin de disposer d'une société transparente. Aussi, portée par le champ d'adversité du secret, la problématique transparentielle autorise-t-elle à interpréter l'émergence de la publicité politique comme la contrepartie d'une dynamique inverse qui a précédé sa naissance : la recherche, par l'État, d'une transparence de la société.

Tel est vraisemblablement le sens des deux matrices rousseauiste et benthamienne de la transparence. Le mot qui naît, de manière encore très timide¹⁸, sous la plume de Rousseau et Bentham procède de cette séquence historique commençant dès le XVI^e siècle et débouchant sur le moment révolutionnaire français. Réunir dans une même figure de la transparence deux auteurs aussi opposés que Rousseau et Bentham n'est pas sans indiquer combien l'émergence moderne du concept contient d'importantes ambivalences internes. Il est possible, pour simplifier, de distinguer entre un pôle de l'utilitarisme politico-économique (l'utilité sociale chez Bentham) et un pôle du puritanisme éthico-psychologique (la pureté morale chez Rousseau). Dans le premier cas, la transparence endosse des habits collectifs pour recommander un modèle social de surveillance généralisée (*Panopticon*)¹⁹. Dans le second, la transparence se situe du côté de l'individu – des relations interpersonnelles et de l'intimité des consciences – pour réclamer à chacun vérité et authenticité. De part et d'autre, on observe que le mot est transféré du champ de l'optique vers le domaine humain – qu'il soit d'ordre psychologique ou social –, et que l'appel à la transparence repose sur un soupçon viscéral à l'égard du pouvoir.

Michel Foucault, dans des remarques cursives, a fortement relevé la complémentarité objective entre ces deux pôles idéal et technique de la problématique transparentielle, laquelle, comme on sait, a historiquement trouvé à s'exprimer dans le moment révolutionnaire français²⁰. La révolution politique de 1789 n'est-elle pas aussi une révolution des mœurs qui doit accoucher d'un homme régénéré ?

18 Cf. Sandrine BAUME, « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », *Raison publique*, www.raison-publique.fr/article459.html, 2011, 23 p.

19 Jeremy BENTHAM, *Panoptique* [1791], trad. fr. É. Dumont, Mille et une nuits, 2002.

20 Michel FOUCAULT, « L'œil du pouvoir » [1977], *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, III, p. 190-206 [p. 195-196]. Précisons que la première traduction française du *Panoptique* a été réalisée par Étienne Dumont en 1791, lors de la parution de l'ouvrage en anglais, à destination de l'Assemblée nationale.

Ajoutons, pour finir sur la question des mœurs, que ce moment où l'exigence de transparence se porte spécifiquement sur la vie humaine en général et sur la vie politique en particulier est précédé par tout un travail de mise en rapport, sur le mode quasi scientifique de la causalité, entre vertu individuelle et prospérité de la l'État.

Des auteurs, souvent de sensibilité foucauldienne, ont ainsi fait valoir qu'une histoire plus longue du concept de transparence pouvait être retracée²¹. *Via* une analyse généalogique de la naissance des différents procédés de recensement et de la statistique sociale, interprétés comme autant de techniques politiques à la disposition de l'État pour mettre au jour les comportements individuels de manière à intervenir sur eux, à les régler, les discipliner et les orienter, ces auteurs soulignent le lien qui s'établit entre pouvoir étatique, transparence sociale et vertu individuelle. Les mœurs, autrement dit, doivent être gouvernées, et la connaissance statistique de la population se présente adéquatement comme le moyen le plus efficace de donner à voir les comportements individuels afin de les réformer en conséquence. Sous cet aspect, la transparence trouve sa source dès le XVI^e siècle, en tant que technologie disciplinaire, dans les différents discours polico-économiques venant justifier les pratiques de recensement de la population (pensons, entre autres, à Bodin, Botero, Althusius et Montchrestien).

III. LA TRANSPARENCE : ENTRE DÉMOCRATIE ET MARCHÉ

Ce dernier foyer de sens politico-économique donne toute sa résonance à la signification immédiatement contemporaine de la transparence, désormais placée au fronton des valeurs de la démocratie de marché. Au principe d'un alliage entre morale démocratique et économie de marché, elle révèle sous une lumière renouvelée la parenté profonde qui unit démocratie et marché sur le terrain du libéralisme. D'une part, elle condense et formalise ce qui est devenu un nouveau standard totémique de l'éthique démocratique. D'autre part, elle emporte avec elle une appréhension technique de *la* politique tendant à diluer *le* politique dans l'économique et le social.

²¹ Cf., en particulier, Dominique REYNIÉ, « Le regard souverain. Statistique sociale et raison d'État du XVI^e au XVIII^e siècle », in Christian LAZZERI et Dominique REYNIÉ (dir.), *La Raison d'État : politique et rationalité*, PUF, 1992, p. 43-83 ; Michel SENELLART, *Les Arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Le Seuil, 1995 ; Thomas BERNS, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, PUF, 2009 ; « Transparence et inoffensivité du gouvernement statistique », *Raison publique*, www.raison-publique.fr/article447.html, 2011, 15 p.

Porteur d'un message à prétention morale, le mot d'ordre transparentiel entend s'appliquer à l'ensemble de la conduite des affaires humaines, qu'elles soient politiques ou économiques : l'idéal communicationnel et la confrontation des arguments, d'un côté ; la concurrence économique et la confrontation des intérêts, de l'autre. La transparence ne conditionne-t-elle pas l'échange économique libre et non faussé, autant qu'elle est le préalable à une communication politique authentique et sincère ? Diffusion de l'information, partage de l'information : voilà bien ce qui permettrait d'ajuster l'offre et la demande et, par là, d'équilibrer le marché économique selon le principe de la concurrence pure et parfaite.

Rien d'étonnant, donc, à ce que le mot ait connu une prolifération sémantique dans les domaines du marché, des circuits financiers et de l'entreprise au point de constituer l'un des lieux communs de la gouvernance néolibérale²².

Les exemples sémantiques sont nombreux par ailleurs, qui portent la marque de ce couplage entre morale et économie dans le champ de la gestion et de l'administration publique. Qu'il suffise ici de mentionner le principe de sincérité budgétaire, issu du droit économique (sincérité comptable) et désormais appliquée à la puissance publique²³. En quoi la transparence prétend se faire sincérité et vérité : les prix doivent être vrais, disent les économistes, les budgets sincères, ajoutent les gestionnaires. Et bien sûr, cette vérité et cette sincérité ne sauraient s'apprécier autrement qu'à l'aune de la seule réalité économique à laquelle il convient d'être fidèle (à laquelle il convient de se conformer, serions-nous tenté de préciser). Aussi, quand la transparence investit le vocabulaire de la politique, est-ce naturellement une grammaire économique du politique qu'elle porte, alimente et fait prévaloir.

Ce qui se donne ici à voir sur le terrain économique du marché se vérifie également sur le terrain politique de la démocratie. Dans la marche de la démocratie en quête de transparence s'exprime toujours quelque chose de la suspicion libérale à l'égard du pouvoir relevée plus haut, mais cette suspicion franchit un saut qualitatif qui, en l'espèce, invite l'observateur à identifier une rupture davantage qu'une continuité. La transparence revêt les habits d'une idéologie englobante qui lui donne les allures d'un nouveau paradigme. Où, retrempee dans la rationalité économique et managériale, la vérité entend faire son entrée en politique en invoquant les valeurs de la démocratie.

22 Au cœur du consensus de Washington établi par les institutions financières internationales au lendemain de la chute de l'Union soviétique, la transparence a même fait l'objet d'un code international adopté en 1999 par les soins du Fonds monétaire international (*Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaire et financière*). Sur la distinction entre libéralisme et néolibéralisme, cf., en particulier, Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, M. Senéart (éd.), Gallimard, Le Seuil, 2004.

23 Il a fait l'objet, en France, d'une consécration juridique lors de la dernière révision constitutionnelle, le principe de sincérité budgétaire figurant désormais à l'article 47-2 de la Constitution.

Ça saisir la portée de ce mouvement suppose de repartir de la notion de publicité de manière à considérer combien la transparence post-totalitaire n'est pas la simple continuation logique de la publicité des Lumières. L'évolution des usages du mot en témoigne : dégénérant en réclame commerciale au point de s'y épuiser, l'ancienne publicité du gouvernement représentatif laissait de fait un espace vacant au nouveau mot d'ordre de la transparence. Dans ce dévoiement – pas simplement lexical – de la publicité, les médias de masse ont joué le rôle déterminant que l'on sait, accompagnant eux-mêmes le processus de massification de la démocratie. Si la publicité est née dans un contexte où l'écrit constituait le mode classique de communication entre le pouvoir et les individus, la transparence, en revanche, va de pair avec l'image, avec les nouveaux médias, et ses effets se trouvent considérablement redoublés par le développement de l'Internet et autres technologies de l'information tendant à dématérialiser les rapports sociaux²⁴. Aussi comprend-on que le contrôle des gouvernements ne s'effectue plus à partir d'un point fixe, politique, le parlement, mais s'exerce par la société de manière diffuse et disséminée ; que le contrôle ne concerne plus les seuls gouvernants (au sens exécutif du terme) mais l'ensemble des représentants et des dirigeants (pas seulement politiques). Bien plus, les dimensions changent du tout au tout : le public ne se limite plus au corps électoral de la nation²⁵, ni aux ressortissants de l'État administratif²⁶ ; il s'étend virtuellement à l'humanité tout entière. Autant dire que le public de la publicité ancienne manière n'existe plus.

On le sait, la publicité moderne est née avec le régime représentatif et a eu pour effet de retraduire en des termes nouveaux l'antique distinction entre privé et public. Porteuse d'une ambition – ou plutôt d'une potentialité – démocratique, elle a servi de support politique et juridique à la démocratisation du gouvernement représentatif en général et du régime parlementaire en particulier. Jamais totalement atteinte, la réalisation effective de cette potentialité a néanmoins provoqué une forme d'extinction du principe actif, du caractère opératoire, de la publicité. Tout se passe comme si la mise en œuvre du projet devait entraîner la perte progressive de l'idéal. Déclin du principe au sens où les évolutions des sociétés modernes, devenues démocraties, ont été emportées par un phénomène de brouillage des sphères publique et

24 Cf. Régis DEBRAY, *L'État séducteur : les révolutions médiologiques du pouvoir*, Gallimard, 1997.

25 Il faut souligner le rôle joué par la publicité parlementaire dans l'opération historique de combinaison entre les deux principes contradictoires de la représentation et de la démocratie. Cf. Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, 1995 ; Jean-Philippe HEURTIN, *L'Espace public parlementaire. Essai sur les raisons du législateur*, PUF, 1999.

26 En effet, la publicité s'est appliquée à la sphère politique et civique avant de s'appliquer à la sphère administrative. On comprend fort bien les ressorts historiques de cette mise au pas du champ administratif si l'on considère les grandes évolutions des régimes démocratiques, et en particulier la montée en puissance, contre l'arène parlementaire, du pouvoir gouvernemental et de la bureaucratie d'État. L'ancienne publicité politique appelait naturellement son complément administratif.

privée. L'abondant discours glosant la crise de la représentation en témoigne, les standards démocratiques sont réévalués à l'aune des valeurs de transparence²⁷. Alors que le régime représentatif, dans son développement parlementaire, reposait sur une forme de *deal* implicite – publicité contre mise à distance du peuple –, l'heure est désormais à la proximité. Comme si la défiance avait changé de camp : autrefois, les élites représentatives se défiaient du peuple et le tenaient à l'écart ; aujourd'hui, massification de la démocratie oblige, c'est la société qui exprime sa défiance vis-à-vis du pouvoir²⁸. Et, plutôt que de faire jouer les mécanismes classiques de la responsabilité, elle préfère s'en remettre à la transparence, nouveau totem performatif des temps individualistes et démocratiques.

Le portrait croisé demande encore à être précisé et poussé un peu plus loin, tant sur le plan historique que sur le plan conceptuel. Disons, d'abord, que la publicité définit un rapport à sens unique et réglé par le droit : de l'État vers l'individu, du public vers le privé. La transparence, elle, ainsi que le révèle sa parenté avec les technologies de l'information et de la communication, se présente comme un échange : la transparence de la société et de l'individu appelle la transparence du pouvoir. Parce que l'individu croit à la possibilité de la transparence à soi-même, il la revendique pour le pouvoir. Parce que la société, transparente à elle-même, se pense sur le mode de l'auto-assistance, elle réclame la transparence du pouvoir.

Ajoutons, ensuite, que la publicité opère ponctuellement, autant sur des processus que sur des résultats (publication d'actes juridiques), mais, à chaque fois, les processus et les résultats sont clairement identifiés et circonscrits. La transparence, quant à elle, se pense sur le mode de l'injonction permanente, elle pèse, à tous moments, non seulement sur les résultats mais aussi sur les processus. Elle repose sur l'idée fantasmagorique de la possibilité d'une visibilité permanente et continue des gouvernants ; la technique moderne a inscrit ce fantôme dans l'inconscient de l'individu : dès l'instant où sa réalisation est possible, l'individu la demande en tant qu'ultime accomplissement du projet démocratique. Une logique de l'offre et de la diffusion se déploie alors, qui dépasse de loin l'ancienne philosophie du droit d'accès, encore située du côté de la demande²⁹.

27 Cf. Mark FENSTER, « Seeing the State: Transparency as Metaphor », *Administration Law Review*, 62, 3, 2010, p. 617-672.

28 Sur la proximité comme remède à la défiance, cf. Pierre ROSANVALLON, *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, 2006 ; *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008.

29 À considérer le cas français, la transparence administrative, nom donné par la doctrine juridique au principe du droit d'accès aux documents administratifs tel que consacré à la fin des années 1970, a

Précisons, en outre, le sens de la dynamique historique tel que nous l'avons précédemment restituée. Tout se passe comme si le totalitarisme séparait deux moments irréductibles de la problématique transparente. Avant le choc du totalitarisme, la transparence du pouvoir demandée par la société s'est pour l'essentiel exprimée à travers une exigence de publicité, qu'il s'agisse de la publicité des débats parlementaires, de la publicité des élections, de la publicité des lois et du droit réglementaire, de la publicité des décisions de justice. Depuis le choc du totalitarisme, la transparence est devenue un paradigme englobant, un paradigme à consistance économique et médiatique, qui vient remplacer l'ancienne épistémologie – juridique et politique – de la publicité. Le passage de l'un à l'autre se signale précisément par la diffusion du vocable de transparence au sein des démocraties post-totalitaires.

Insistons-y, enfin, la transparence n'efface pas l'ancienne publicité. Les deux notions continuent bien sûr à coexister, mais leurs rapports sont profondément ré-agencés. D'essence descendante et verticale, la publicité doit dorénavant trouver sa place à l'intérieur d'un nouveau paradigme transparentiel ascendant et horizontal. Autrement dit, la logique de la transparence n'efface pas celle de la publicité juridique, elle lui donne une consistance nouvelle et en réélabore l'expression ; en témoigne significativement, au seul niveau quantitatif, l'accroissement considérable du stock d'informations soumises à la publicité³⁰.

Avec Koselleck, il faut rappeler, au total, combien le rapport entre concept et contexte est fondamentalement interactif : un contexte crée les conditions d'apparition d'un concept, qui lui-même rétroagit sur un contexte et lui

en quelque sorte pris le relais de la publicité parlementaire. Transparence administrative et publicité parlementaire participeraient ainsi d'une même dynamique historique, le pouvoir exécutif et l'administration se voyant appliquer le principe de publicité sur le même mode que le pouvoir législatif et le parlement dans la période antérieure. Plus précisément, le repérage sémantique conduit à voir dans la philosophie du droit d'accès une étape intermédiaire entre la publicité ancienne manière et la transparence nouvelle génération. Précisons, en effet, que le mot transparence fait son apparition sur le terrain du droit d'accès et des relations administration-administrés de manière assez tardive, pas avant l'an 2000 (il est absent des lois de la fin des années 1970). Avant cela, bien sûr, le mot transparence s'était diffusé en droit à partir du milieu des années 1980 *via* une série de lois et d'ordonnances (transparence financière des marchés, des entreprises de presse, de la vie politique). Sur la transparence administrative, cf. Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR, Bernard STIRN, *La Transparence administrative*, PUF, 1987 ; CURAPP (éd.), *Information et transparence administratives*, PUF, 1988 ; Christian DEBBASCH (dir.), *La Transparence administrative en Europe*, CNRS, 1990.

30 Il en va d'ailleurs de même pour le secret : la transparence, tout comme la publicité avant elle, n'y met pas fin, elle le contraint simplement à épouser des formes nouvelles et inédites, marquées du saut de l'individualisme démocratique. En effet, y compris lorsque sa vocation est de protéger le pouvoir, le secret doit désormais, d'une manière ou d'une autre, être rapporté à l'individu, et ne jamais attenter à ses droits fondamentaux (*infra*).

donne une coloration particulière. C'est ainsi que la transparence peut faire figure de mot-époque³¹. La diffusion sémantique et les variations conceptuelles du thème se font d'autant plus révélatrices d'un certain contexte historique qu'elles contribuent effectivement à le créer et à l'alimenter.

Interprété à la lumière du traumatisme totalitaire, le secret du pouvoir est assimilé à un abus de pouvoir, à un abus de la part d'un pouvoir forcément arbitraire. Assimilation qui redouble d'intensité la suspicion spontanée à l'égard du pouvoir en tant que tel – qu'il soit secret ou non dans son fonctionnement. Sortie de son contexte d'origine, replacée dans ce cadre général d'une horizontalité démocratique foncièrement réfractaire à toute idée de secret du pouvoir, la transparence prend le sens d'une revendication naturelle – d'une exigence logique – jamais satisfaite, d'une dynamique continue incapable de trouver sa fin. Jamais assignable à un état, toujours en deçà des attentes sociales, elle ne trouve à s'actualiser que dans un mouvement insatiable, dans une quête infinie et irréversible. En cela, elle exprime parfaitement l'un des symptômes caractéristiques de la démocratie post-totalitaire³². Le parallèle est par ailleurs évident avec le mouvement tendanciel de l'égalité démocratique tel que décrit par Tocqueville : plus l'égalité progresse, plus ce qu'il reste d'inégalités devient insupportable. À l'instar de l'égalité tocquevillienne, donc, la transparence, notion éminemment démocratique, exerce elle aussi la douceur de son despotisme³³ : plus elle progresse, moins ce qu'il reste d'obstacles à la transparence est toléré. Le fondement implicite de la dynamique est sans cesse reconduit : toujours présumé corrompu, le pouvoir est sommé de donner des gages de probité mais acculé à les verser dans un puits sans fond. Aussi la transparence n'est-elle pas tant la conséquence d'un devoir du pouvoir vis-à-vis des gouvernés que l'expression d'un droit du citoyen, et pourquoi pas la traduction d'un droit de l'homme³⁴. En quoi réside une véritable inversion de la logique de l'offre.

L'individu réclame pour son propre compte le bénéfice du secret – autant dans son rapport à la puissance publique qu'à l'ensemble des pouvoirs. De manière concomitante et apparemment paradoxale, il a tendance à se vouloir toujours plus transparent dans ses rapports interpersonnels. En témoignent les pratiques d'exposition de soi sur Internet, pour lesquelles on a pu très justement parler d'extimité. Mais si dévoilement des secrets de l'individu il y

31 Cf. Mireille BUYDENS, « La transparence : obsession et métamorphose », *Intermédialités*, 3, 2004, p. 51-77 ; « La transparence, méridien de l'esprit moderne », in André BRUYNEEL et Ludovic DE GRYSÉ (dir.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 939-951.

32 Cf. Jean-Pierre LE GOFF, *La Démocratie post-totalitaire*, La Découverte, 2002.

33 Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II* [1840], GF-Flammarion, 1981, p. 383-388, p. 385 (part. IV, ch. 6).

34 Cf. Patrick BIRKINSHAW, « Transparency as Human Right », in Christopher HOOD et David HEALD (éds.), *The Transparency [...] op. cit.*, p. 47-57.

a, il doit procéder de la seule volonté autonome de l'individu, et non d'une quelconque injonction extérieure. C'est l'individu lui-même qui revendique le choix de décider de la frontière entre transparence et secret. De cette configuration inédite, il ne perçoit pas encore tout à fait la nouveauté : la surveillance ne procède plus de l'État mais d'une multitude de pouvoirs disséminés. Où la prophétie tocquevillienne trouve ici encore à s'appliquer : l'individu crée un système de transparence qui se retourne insidieusement contre sa propre liberté.

IV. LA TRANSPARENCE : ENTRE INDIVIDUALISME ET LIBÉRALISME

La transparence : une notion démocratique au sens de Tocqueville mais aussi, et indistinctement, une notion libérale au sens de Carl Schmitt. Préciser les termes pour le moins lapidaires d'un tel diagnostic suppose, en guise de synthèse conclusive, d'examiner plus avant le rapport que la transparence entretient au droit, au politique et, plus fondamentalement encore, à l'institution.

On observe, d'abord, que le droit organise la transparence tout comme il organise le secret et la publicité, mais on observe en même temps que les mécanismes juridiques de la dernière génération identifiée dans le développement de la transparence se fondent sur une rationalité rivale à celle du droit classique. En cela, la transparence constitue moins un laboratoire idiosyncrasique qu'un symptôme, parmi de nombreux autres, d'une dynamique globale, celle de la mutation de la normativité. En se parant de vertus virginales, régénératives et conjuratoires face au spectacle généralisé de la corruption, la transparence est devenue le principe de fonctionnement d'un système autoréférentiel, sans cesse alimenté dans son mouvement. Voilà pourquoi la notion se révèle bien peu saisissable en droit : elle ne constitue pas une norme juridique au sens strict (car il s'avère difficile de poser des critères juridiques pour la définir et lui conférer une réelle justiciabilité) ; elle se présente bien davantage comme un principe directeur à fonction régulatrice, par lequel s'expriment certaines aspirations sociales – horizon d'attente dirait Koselleck – quant à l'avenir la démocratie.

Normativité relative, rationalité alternative à celle du droit : autant la transparence est peu saisissable sur le terrain de la juridicité, autant sa diffusion conceptuelle n'est pas sans produire des effets sur la matière juridique elle-même. C'est, là encore, en tant que symptôme, et dûment accompagnée de son lot de notions voisines, que la transparence se laisse le mieux appréhender. Loin de nous l'idée de résumer, à travers le seul concept de

transparence, l'ensemble des dynamiques multiformes qui travaillent la société contemporaine dans son rapport au droit et à la politique. Contentons-nous simplement de la replacer dans l'économie générale de leur développement, non sans avoir rappelé, au passage, combien la notion de gouvernance semble mieux à même de cristalliser et décrire la configuration présente. Reste que la transparence met peut-être plus nettement en lumière une dimension essentielle du paradigme de la gouvernance néolibérale qui s'est mise en place depuis les années 1980 : le couplage de la morale et de l'économie par la voie d'une instrumentalisation du droit, par la voie, à tout le moins, d'un changement de nature et de statut de la norme juridique, désormais détachée de sa définition politique.

Carl Schmitt le constatait déjà à propos du libéralisme, dont il entendait stigmatiser sa teneur antipolitique en des termes particulièrement polémiques : l'évitement éthique et économique de la politique, « la dépolitisation [libérale] par la polarité éthique-économie »³⁵. Mais, sans aborder la question du lien de filiation – naturelle ou non – entre libéralisme classique et néolibéralisme³⁶, force est de reconnaître que le diagnostic schmittien comporte aujourd'hui, peut-être davantage qu'hier, une grande part de pertinence. L'horizon de la transparence néolibérale ne serait-elle pas de dépasser le droit, de se passer du droit, en appelant à l'intériorisation individuelle des normes, moins juridiquement que moralement définie, et en s'en remettant à la contrainte, physiquement non violente et non monopolisée par l'État, de l'autodiscipline ? Le contrôle de la société ne doit plus s'effectuer par la loi mais par la société elle-même.

Il resterait à explorer plus avant les modalités concrètes de cette reformulation de la normativité juridique ; relevons simplement ici combien le néolibéralisme, par refus de voir dans le droit un produit dérivé de la volonté humaine, assume très mal son identité constructiviste et, par refoulement autant que par nécessité de légitimation, a besoin d'invoquer un impératif, particulièrement efficace, de conformation à une réalité objective supposée autoconsistante. Ce refus du droit et de la politique en tant qu'expressions collectives de la volonté des hommes n'est, en définitive, qu'un aboutissement du mouvement général de l'individualisme démocratique, mouvement qui opère une radicalisation solipsiste de la demande d'autonomie et aboutit à placer l'individu seul face à soi-même et non plus face à l'Institution et à la Loi³⁷. D'où, en retour, la fonction quasi totémique exercée par la transparence dans un monde marqué par l'imprévisibilité et le désenchantement :

35 Carl SCHMITT, *La Notion de politique* [1932], *La Notion de politique ; théorie du partisan*, trad. fr. M.-L. Steinhäuser, Flammarion, 1992, p. 114 sq.

36 Cf. Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*

37 Nous renvoyons ici aux thèses développées par Pierre Legendre. Cf., notamment, Pierre LEGENDRE, *Dominium mundi. L'empire du management*, Mille et une nuits, 2007.

l'individu, en quête de vérité, refusant jalousement l'épaisseur et le mystère des choses, s'en remet frénétiquement à la réalité, laquelle est précisément tenue de lui dire la vérité ; ainsi gère-t-il tant bien que mal l'indétermination existentielle où il se trouve.

Au total, nous dirions que la problématique transparente vient heurter de front les exigences fondatrices de l'Institution, telles que le dogme catholique s'en est fait historiquement l'expression et en a conceptuellement posé la définition. Le lien intime entretenu par l'Église romaine avec le secret, en raison même du mystère dont elle se veut porteuse, le rappelle significativement par la négative³⁸. Alors que le secret fonctionne, par construction, sur le mode trinitaire du « 2 + 1 »³⁹, la transparence, elle, repose sur une équation binaire, sur un culte de l'immédiateté et du face-à-face. On a pu très justement parler d'un refus « du volume, des trois dimensions de l'espace » renvoyant « à une apologie à peine déguisée du chiffre 2, de la binarité, à l'opposé de la ternarité »⁴⁰. La transparence témoigne bel et bien d'un rejet des séparations et des frontières, entre un intérieur et un extérieur, entre un dedans et un dehors. Et pour cause : la transparence n'a-t-elle pas précisément pour définition première de laisser voir à travers – de manière à ne rien dissimuler au regard de l'homme ?

38 Cf. Julien BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme*, Dalloz, 2012, spécialement p. 274 sq.

39 Jean-Pierre CHRÉTIEN-GONI, « *Institutio arcanae*. Théorie de l'institution du secret et fondement de la politique », in Christian LAZZERI et Dominique REYNIÉ (dir.), *Le Pouvoir de la raison d'État*, PUF, 1992, p. 135-189, p. 176 sq.

40 Pierre BRETON, « L'utopie de la communication entre l'idéal de la fusion et la recherche de la transparence », *Quaderni*, 28, 1996, p. 125-133, p. 130. Pour une réflexion philosophique sur cette question, cf. Dany-Robert DUFOUR, *Les Mystères de la trinité*, Gallimard, 1990.

SECONDE SECTION

*LA TRANSPARENCE
DANS LE DISCOURS POLITIQUE ACTUEL
ET LA JURISPRUDENCE*

La transparence dans le discours politique actuel

Yves POIRMEUR

Apparue à la fin des années 1970 dans le débat politique sur l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés¹, la nécessité de mettre fin à l'opacité de l'action administrative pour la rendre plus lisible et la part de secret à conserver, l'idée de transparence a connu un vif succès. Elle a été consacrée par différents droits² et a gagné de nouveaux terrains³. Considérée comme une condition de légitimité et d'efficacité de l'action publique dans un régime démocratique, elle a été peu à peu érigée en une obligation générale que doivent satisfaire les décideurs publics et en une qualité que doivent présenter les circuits décisionnels et les processus de mise en œuvre des politiques publiques. Signe de bonne

1 François RANGEON (dir.), *Information et transparence administrative*, PUF, 1988.

2 Il débouchera sur une série de lois : la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978, celle du 17 juillet 1978 sur le droit d'accès aux documents administratifs, celle du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs et celle du 3 janvier 1979 sur les archives publiques. S'y ajoutera le décret 83-1025 du 26 novembre 1983 sur les relations entre l'administration et les usagers réglementant la procédure administrative non contentieuse (motivation des décisions individuelles défavorables, obligation d'accuser réception des demandes et de transmettre à l'autorité compétente les demandes mal orientées). Les droits d'accès ont été renforcés. Le Conseil constitutionnel (CC, Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes*) a fait de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi un objectif à valeur constitutionnelle. Il a été renforcé par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration : Lucie CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 255 et s.

3 Sur son inscription dans les chartes de qualité des services publics : *ibid.*, p. 182.

gouvernance, elle est devenue, au cours des décennies suivantes, un lieu commun du discours politique, dont les occasions d'invocation sont innombrables, tout à la fois instrument de stigmatisation des activités opaques et référentiel transversal de toutes les politiques publiques. L'élargissement progressif de son champ d'invocation des activités administratives aux activités proprement politiques, s'est accompagné d'une sensible modification de sa portée : alors que sa promotion dans l'administration a essentiellement visé, dans une perspective instrumentale⁴, à améliorer l'information des administrés et leurs relations avec les institutions administratives, son extension aux activités politiques s'est traduite par un déplacement des finalités qui lui sont assignées sur la lutte contre la corruption et la prévention des conflits d'intérêts. Au-delà de cette différence d'objectifs, qu'ils abordent les activités administratives ou les activités politiques, les discours politiques sur la transparence sont marqués par une tension structurelle qui oppose, d'une part, l'idéal démocratique d'une action publique lisible par tout citoyen et conduite avec pour seule finalité l'intérêt général, et d'autre part, la double nécessité de conserver à l'administration, en certaines matières, une zone de secret pour lui permettre d'agir efficacement et de garantir par ailleurs aux hommes politiques et aux fonctionnaires un certain secret sur les intérêts et les relations qui relèvent de leur vie privée. Présentée dans le discours politique comme étant consubstantielle à l'idéal démocratique, la transparence est aussi perçue avec méfiance par les hommes politiques directement concernés par ses exigences, qui la voient, si elles sont trop contraignantes, comme un idéal intrusif. Cette vision ambivalente de la transparence (I) conduit les responsables politiques à envisager avec prudence les réformes destinées à réduire l'opacité entourant leurs activités. Lorsqu'ils doivent se résoudre à de telles réformes, souvent pour sortir de scandales qui minent la légitimité de la classe politique, ils privilégient les obligations les plus légères et les mécanismes de surveillance de leur respect les moins contraignants, si bien que l'empilement progressif de ces dispositifs minimalistes se révèle insuffisant pour restaurer la confiance du public (II).

I. UN IDÉAL AMBIVALENT

Nécessaire à la production de décisions et de politiques publiques qui seraient pures de tout intérêt particulier et répondraient seulement à la satisfaction d'intérêt généraux, la transparence a été progressivement

⁴ Jacques CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », in François RANGEON (dir.), *Information et transparence administrative, op. cit.*, p. 274 et s.

associée dans le discours politique à un ensemble de valeurs fondamentales comme la démocratie, la justice, l'égalité et la sécurité - dont elle serait indispensable à la réalisation. Permettant aux citoyens de s'assurer de l'honnêteté, de la probité, de l'impartialité, de la neutralité et de l'efficacité de l'État et des politiques publiques⁵, elle est considérée comme une condition à respecter pour qu'ils aient confiance dans les institutions et dans leurs dirigeants politiques. Ainsi valorisée, son invocation dans le discours politique est devenue d'autant plus fréquente que le discrédit frappant la classe politique depuis la fin des années 1980 s'est aggravé sous l'effet d'une suite ininterrompue d'affaires politico-financières et d'une série de scandales sanitaires liés à des décisions aussi opaques que dommageables⁶ donnant le sentiment d'une corruption et d'une irresponsabilité généralisées des élites asservies aux intérêts particuliers. Dans ce contexte de défiance, où l'opacité serait le terreau du populisme⁷, les hommes politiques voient le renforcement de la transparence comme le moyen de restaurer leur crédibilité et d'éviter des prises de risques inconsidérées⁸. Ses multiples vertus, préventives et curatives⁹, contribuent à faire de la transparence un idéal extensif (A). Toutefois la logique du soupçon qui sous-tend le durcissement des politiques de transparence en fait un idéal intrusif qui suscite certaines réserves (B).

5 On trouve une illustration de ce réseau argumentaire dans l'*Exposé des motifs de la proposition de loi du 19 octobre 2011 relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts* présentée à l'Assemblée nationale par François De RUGY, Yves COCHET, Noël MAMERE, Anny POURSIHOFF : « dans l'esprit des auteurs de la présente proposition de loi, la nécessité d'une régulation politique apparaît chaque jour plus indispensable pour juguler les causes des crises sociale, financière et environnementale qui frappent nos sociétés. Dans un tel contexte, le rétablissement, aux yeux de l'opinion, de la légitimité morale des responsables politiques à agir doit être vu comme un impératif absolu, car il est la condition première du retour à la crédibilité de l'action publique et, au final, à son efficacité ».

6 Affaires du sang contaminé, de la vache folle, de l'hormone de croissance, de l'amiante et plus récemment du médiateur.

7 Exposé des motifs de la proposition de loi de François DE RUGY *et al.*, *op. cit.*

8 Son insuffisance est décrite comme une cause d'insécurité et de risques graves notamment en matière de santé, de nucléaire, d'alimentation, de fonctionnement des marchés, notamment financiers, en faisant courir à la société, des risques systémiques. Elle est aussi considérée comme facilitant l'asservissement de l'État à des intérêts particuliers et comme un facteur d'irrationalité de son action.

9 En permettant de comprendre les raisons des décisions, elle réduit la contestation qui tient à l'impossibilité d'en saisir les logiques ; en permettant de surveiller les décideurs et les experts intervenants dans les décisions, elle dissuade ceux qui en seraient tentés d'adopter des comportements illégaux ; en les obligeant à objectiver leurs intérêts, elle permet d'écarter des processus décisionnels ceux qui pourraient involontairement les fausser et dans lesquels leur simple présence pourrait donner l'impression au public qu'ils sont faussés, l'apparence étant ici essentielle. Elle a aussi des vertus curatives en permettant une traçabilité des décisions.

A. Un idéal extensif

Sans en dresser un inventaire exhaustif, plusieurs chaînes causales différentes mais convergentes ont concouru à la diffusion du discours sur la transparence en politique. On peut tout d'abord relever, qu'à partir du début des années 1960, la différenciation, dans le champ journalistique d'un groupe de journalistes d'investigation – beaucoup plus incisifs que les faits-diversiers – se considérant comme des *chiens de garde de la démocratie*, revendiquant le droit de conduire des enquêtes approfondies et se consacrant à la révélation des scandales politico-financiers, a fait peser sur le personnel politique une injonction de transparence de plus en plus forte¹⁰. Les transformations intervenues dans le champ judiciaire – professionnalisation de la magistrature, ouverture sociale plus grande – au début des années 1970 ont contribué à faire avancer sur le terrain judiciaire l'exigence de transparence du politique : à la différence de leurs devanciers, « juges rouges » puis « petits juges » n'ont pas hésité à enquêter sur des affaires politiquement sensibles – financements politiques, enrichissements personnels, corruption – et à poursuivre des notables et des hommes politiques de haut rang. Si la justice a fait progresser la transparence en politique – les scandales politico-financiers ont contraint le législateur à clarifier le droit des financements politiques – son fonctionnement pour le moins chaotique lorsqu'elle traite des affaires impliquant des responsables politiques, – en raison de son manque d'indépendance à l'égard du gouvernement qui dispose de nombreux moyens d'entraver son travail¹¹ – est aussi un puissant révélateur de la persistance de l'opacité en politique et de la volonté du pouvoir de la maintenir lorsqu'il y a intérêt.

D'importantes réformes structurelles du système politico-administratif ont par ailleurs introduit de nouvelles opacités et créé des conditions favorables à la commission de certaines infractions¹² par les responsables politiques dépositaires de l'autorité publique et à la multiplication des situations de conflits d'intérêts. C'est ainsi qu'en transférant les compétences et en allégeant les contrôles sur leur exercice, les politiques de décentralisation ont accru les possibilités de corruption, de favoritisme et de trafic d'influence¹³. Et, alors

10 Sur les affaires qui ont ponctué sa montée en puissance dans les années 1970 et 1980 : Yves POIRMEUR, *Justice et médias*, LGDJ, 2012, p. 104 et s.

11 Les interventions du gouvernement dans le traitement des affaires sensibles, l'invocation du secret de la défense nationale, l'existence d'immunités, la géométrie des secrets légitimement opposables à l'autorité judiciaire sont des sujets de polémiques. L'usage de ces instruments confirme ainsi l'idée courante de l'opacité du politique, mais aussi celle d'une opacité de la justice. Sur ces moyens d'intervention : Florence BUSSY et Yves POIRMEUR, *La justice politique en mutation*, LGDJ, 2010, p. 99-113.

12 Yves MENY, *La corruption de la République*, Fayard, 1992.

13 Quant aux politiques aux mécanismes dit de « gouvernance multi-niveaux », ils ont rendu illisibles nombre de politiques publiques locales, prises dans des réseaux décisionnels aussi opaques pour les

que les nouvelles techniques de communication rendaient les campagnes électorales plus onéreuses, les scandales liés à leurs financements illégaux se sont multipliés à partir de la fin des années 1980, révélant au passage des cas inquiétants d'enrichissements personnels. Ces affaires ont miné la confiance des citoyens dans le personnel politique et déplacé sur le terrain des financements politiques le débat sur la transparence¹⁴. Les politiques de privatisation, de dérégulation et de libéralisation des marchés ont elles aussi entraîné une « *confusion des genres* ». Alors que « *le capitalisme français s'était développé dans le cadre d'une économie de financements administrés* » et était un « *capitalisme sans capitaux encastré dans l'État, dirigé par des élites publiques cooptées, régulé à distance par des actionnaires transparents et administré par des conseils de surveillance* »¹⁵, les privatisations et les dérégulations réalisées avec le souci de construire des entreprises de taille mondiale ont créé un « *système hésitant et confus* ». En effet, alors que les entreprises s'orientent de plus en plus vers un financement par le marché, la tradition « *d'osmose du public et du privé* » a persisté, conduisant « *à un phénomène général de confusion des rôles et des fonctions* »¹⁶. Dans ce contexte renouvelé par la privatisation de l'économie et la multiplication des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés¹⁷ et des secteurs d'activités sensibles, le pantouflage et les cumuls d'activités¹⁸ ont accru les risques que le fonctionnement, l'indépendance ou la neutralité du service soient compromis¹⁹ par des prises illégales

administrés que ceux qui sont constitués autour des politiques nationales, comme celles qui ont débouché sur les scandales de l'amiante, du sang contaminé et du médicament : Jean-Paul MARKUS et Yves POIRMEUR, « La liberté de l'information médicale », *Legicom*, n° 49, 2013/1, p. 79-97.

- 14** Pour sortir de ces scandales, plusieurs lois, à partir de 1988, ont été adoptées instaurant un financement public des partis politiques, mettant en place des institutions chargées d'assurer la transparence financière de la vie politique et renforçant la lutte contre la corruption. Révisées à plusieurs reprises, ces textes ne sont pas parvenus à établir une transparence suffisante, et ont même permis l'apparition de nouvelles opacités, comme celle résultant de la création de micro-partis politiques. Sur cette réglementation : Yves POIRMEUR et Dominique ROSENBERG, *Droit des partis politiques*, Ellipses, 2008, p. 156-184.
- 15** Elie COHEN, *La tentation hexagonale. La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Fayard, 1996, p. 258.
- 16** Michel BERGERAC et Alain BERNARD, « Fantaisie à deux voix. À propos de D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », *D*, 2000, p. 315 et s. En 1997, deux tiers des dirigeants des grandes entreprises françaises venaient de la fonction publique : Michel BAUER et Bénédicte BERTIN-MOUROT, *Administrateurs et dirigeants du CAC 40*, CNRS-Boyden, 1997.
- 17** Ces autorités sont très exposées aux conflits d'intérêts et au risque de capture par des intérêts privés.
- 18** Ce risque affecte particulièrement l'expertise en matière de sécurité du médicament et de sécurité alimentaire.
- 19** CE, 6 déc. 1996, *Sté Lambda* : annulation du décret nommant sous-gouverneur du Crédit Foncier un inspecteur des finances en détachement, qui était antérieurement chargé du contrôle de cet établissement ; CE, 30 juillet 2003, *Syndicat national CFTC du personnel des Caisses d'épargne* : nomination par détachement d'un membre du cabinet du ministre de l'Économie au directoire de la Caisse nationale des Caisses d'épargne après leur privatisation.

d'intérêts²⁰ et que des politiques publiques contestables, voire dangereuses, soient poursuivies sous la pression d'intérêts privés. La gravité et la répétition de ces dérives aussi bien au niveau local que national, alors que l'opinion devenait de moins en moins tolérante²¹ pour les passe-droits, le favoritisme et l'attribution d'avantages indus²², ont entraîné le recentrage des discours de transparence sur la lutte contre la corruption et les conflits d'intérêt. L'idée s'impose alors, en réaction à ces pratiques néfastes, qu'aucun conflit d'intérêts ne devrait venir troubler les processus décisionnels²³ pour qu'on puisse avoir confiance dans les décisions prises. C'est l'idéal de la production de décideurs en « apesanteur d'intérêt » qui se profile à l'horizon : désintéressement matériel, absence d'attaches avec des acteurs intéressés par les choix à effectuer, et pourquoi pas, absence de préjugés intellectuels liés à leurs convictions propres – religieuses, idéologiques, politiques, ... – sont érigés en critères par rapport auxquels devrait être appréciée la légitimité de la présence de toute personne dans les processus décisionnels publics. Cette redéfinition de ce qui est attendu de la transparence s'est traduite par le renforcement timide, à partir de 1991²⁴, de la réglementation pour prévenir la corruption et les conflits d'intérêts²⁵ et par un effort pour limiter les « zones grises de la

- 20** Le Code pénal réprime la prise illégale d'intérêt dans l'exercice des fonctions par toute personne dépositaire de l'autorité publique (art. 432-12) qui a succédé au délit d'ingérence (art. 175 du Code pénal de 1810) et la prise illégale à l'issue des fonctions (art. 432-13) créée en 1919 (art. 175-1 de l'ancien Code pénal).
- 21** Pierre LASCOUMES relève que, dans les années 1980, un tiers de la population considérait les hommes politiques comme « *plutôt corrompus* ». La proportion s'élève à plus de 50 % dans les années 1990 et cette opinion se maintient entre 60 et 65 % dans les années 2000. Elle a atteint 72 % dans le sondage TNS SOFRES du 23-26 septembre 2011, 19 % seulement les jugeant plutôt honnêtes : Pierre LASCOUMES, *Une démocratie corrompible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Seuil, 2011, p. 8.
- 22** *Ibid.*, p. 8.
- 23** Jean-Marc SAUVE, *Pour une nouvelle déontologie*, rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, 26 janv. 2011 : « *L'objectif d'une politique de prévention des conflits d'intérêts est donc triple : il s'agit d'assurer la confiance mutuelle entre les citoyens et les agents qui incarnent l'autorité ou le service publics, de sécuriser l'action publique et ceux qui y participent en protégeant ces derniers contre les risques de conflits ou de soupçons de conflits d'intérêts et, par suite, de préserver la réputation de la puissance publique, élément de confiance et de compétitivité sur la scène internationale* » (p. 10).
- 24** Le décret n° 91-109 du 17 janvier 1991 a institué un système de contrôle administratif des départs des fonctionnaires vers le privé, que la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 a ensuite consacré. Une Commission de déontologie apprécie la compatibilité des activités lucratives exercées dans une entreprise privée ou un organisme privé ou sous forme libérale avec les fonctions exercées les trois années précédant le commencement de cette activité (vérification du respect de l'article 432-13 du Code pénal). À la suite de la polémique sur la nomination du directeur adjoint du cabinet du Président de la République à la direction du groupe BPCE sans saisine de la Commission, la loi du 3 juillet 2009 a prévu que celle-ci est obligatoirement saisie du cas des collaborateurs du Président de la République et des membres de cabinets ministériels. La saisine reste facultative dans la plupart des autres cas.
- 25** Loi n° 94-530 du 28 juin 1994, Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002, Loi n° 2007-147 du 2 fév. 2007, Loi n° 2009-972 du 3 août 2009.

démocratie »²⁶. La persistance de ces pratiques, et donc des scandales qu'elles suscitent²⁷, a favorisé la formation de groupes d'intérêts spécialisés dans la dénonciation et la lutte contre les pratiques corrompues, qui débusquent les opacités dangereuses du fonctionnement de l'État, dressent des diagnostics réguliers du niveau de transparence des institutions et suggèrent des réformes pour l'améliorer. Se comportant comme des *entrepreneurs de transparence*²⁸, ils alimentent le débat public sur la question par des rapports et des communiqués et interpellent les candidats dans les campagnes électorales sur les politiques de transparence qu'ils préconisent, et contribuent ainsi à placer régulièrement l'exigence de transparence en politique sur l'agenda médiatique en attestant, comme le fait aussi la poursuite des affaires, que les réformes effectuées n'ont pas sérieusement traité les problèmes.

Dans ces conditions, en raison du jugement très négatif de l'opinion publique sur la classe politique et de l'intérêt collectif du personnel politique à restaurer son image très dégradée²⁹, rares sont les candidats à l'élection présidentielle de 2012 qui ne s'engagent pas à réaliser des réformes pour en finir avec les conflits d'intérêts et pour lutter contre la corruption, ou garantir la transparence de l'expertise et du lobbying³⁰. Les réponses qu'ils apportent aux sept propositions de Transparence International France, montrent ainsi qu'à l'exception de Marine Le Pen qui ne prend aucun engagement

26 Pierre LASCOURMES, *Une démocratie corrompible [...], op. cit.*, p. 8.

27 Les graves affaires de conflits d'intérêts présumés – affaire Woerth-Bettencourt – ont conduit Nicolas Sarkozy à créer une Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique (10 sept. 2010).

28 C'est la démarche de Transparence International France et d'Anticor qui se sont emparées de façon très professionnelle de la prévention de la corruption, de la lutte contre le blanchiment d'argent. Elles exercent une fonction d'alerte et de contre-pouvoir en réclamant davantage de transparence et en évaluant les risques présentés par chaque système, tandis que d'autres continuent à alerter sur l'insuffisance et les défauts de l'information fournie dans certains champs d'activité, comme Greenpeace ou la Cri-rad sur le nucléaire.

29 Cet intérêt collectif ressort de l'argumentaire de la proposition de loi des Verts du 19 octobre 2011 relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts : « *Cette suspicion détestable trouve dans le développement des nouveaux médias et la multiplication des réseaux sociaux des canaux de diffusion particulièrement efficaces. Quel parlementaire n'a jamais reçu de courriels relayant des calculs approximatifs, des amalgames, voire des affirmations totalement erronées concernant leur statut et moyens de fonctionnement, souvent adressés en toute sincérité par des concitoyens choqués par de telles informations ? Bien souvent, au demeurant, même les informations diffusées par des médias professionnels comportent de telles approximations ou des erreurs. Un tel phénomène ne saurait être simplement attribué à une volonté de nuire, ou de complaire à un sentiment ambiant de défiance et de suspicion. Il est la conséquence d'une absence de prise en compte à sa juste valeur de l'impératif de transparence dans l'information qui devrait s'imposer aux pouvoirs publics. Rétablir les faits, distinguer l'information de l'amalgame constituent pour nos concitoyens ou ceux qui sont chargés de les informer des tâches bien souvent insurmontables, du fait d'une dispersion des données disponibles – quand elles le sont ! –, et ce notamment sur les sites Internet publics.* »

30 Transparence International France, *Présidentielles 2012 - Bilan des réponses des candidats aux sept propositions de Transparence International France*.

et de Nathalie Arthaud qui s'engage seulement sur la déclaration d'intérêt rendue publique, tous les autres – François Bayrou, Jacques Cheminade, Nicolas Dupont-Aignan, François Hollande, Eva Joly, Jean-Luc Mélenchon, Philippe Poutou et Nicolas Sarkozy – prennent l'engagement d'en finir avec les conflits d'intérêts, d'instaurer une inéligibilité d'au moins 10 ans pour les élus corrompus, de garantir la transparence et l'indépendance de l'expertise, d'établir une pleine lumière sur le lobbying. Les candidats sont en revanche beaucoup plus partagés sur les mesures concrètes à adopter pour parvenir à une véritable transparence en politique³¹ qui suppose l'adoption de mesures plus contraignantes et intrusives³² qu'ils répugnent à s'appliquer.

B. Un idéal intrusif et contraignant

Lorsqu'elle s'élargit aux intérêts, la politique de transparence entre dans une « ère du soupçon » particulièrement difficile à supporter pour le personnel politique habitué à ne pas avoir à se justifier et traditionnellement traité avec respect, distance et considération³³. Elle impose aux politiques et aux agents publics de fournir un ensemble d'informations plus ou moins confidentielles sur leur situation personnelle et celle de leurs proches à des autorités de contrôle, éventuellement de les rendre publiques, ce qui suscite les réticences de certains d'entre eux qui y voient une marque de défiance et une mise en cause *a priori* de leur innocence. Un ensemble d'arguments, relevant principalement de l'atteinte au secret de leur vie privée et par contagion, de l'atteinte au secret de la vie privée de leurs proches, est mobilisé

- 31** Les réponses des candidats à la présidentielle aux propositions de Transparence International France montrent ainsi que sur 10 candidats, 6 seulement sont favorables à la déclaration d'intérêts rendue publique (N. Arthaud, F. Bayrou, J. Cheminade, N. Dupont-Aignan, F. Hollande et E. Joly). M. Le Pen, J.-L. Mélenchon, Ph. Poutou et N. Sarkozy sont contre. S'agissant de l'indépendance de la justice, seuls J. Cheminade et E. Joly sont favorables à la création d'un procureur général de la nation. La réforme du secret défense n'a l'assentiment que de 5 candidats (J. Cheminade, N. Dupont-Aignan, F. Hollande, E. Joly, et J.-L. Mélenchon), un seul y étant opposé (N. Sarkozy) et les autres ne se prononçant pas. S'agissant du cumul des mandats 7 candidats sont favorables à sa limitation, un seul n'y étant pas favorable (N. Sarkozy). N. Sarkozy est le candidat qui apporte le plus de réponses négatives (5) : sur la déclaration d'intérêts rendue publique, la création d'un procureur général de la nation, la réforme du secret défense, l'arrêt du cumul des mandats et la déontologie pour un contrôle citoyen.
- 32** Le rapport de Jean-Marc SAUVÉ a soulevé des remarques critiques de la part de Gérard Longuet qui y a vu le risque de « faire sombrer dans la République du soupçon et ensuite de la délation » et de Bernard Accoyer qui y a vu se profiler une « politique inquisitoriale » : cités in Transparence International France, *Prévenir les conflits d'intérêt dans la vie publique : un pari difficile*. Voir : www.Transparency-France.org
- 33** Voir les observations de Georg SIMMEL sur « l'homme important » et la « discrétion », in *Secret et sociétés secrètes*, Circé, 1991, p. 26 et s.

pour en dénoncer les excès. Le Rapport de la Commission Sauvé inventorie parfaitement ces risques :

Il faut tout d'abord se garder d'une conception de la prévention et de la probité qui, de vertueuse, deviendrait suspicieuse ou excessivement intrusive. La relation de confiance qui unit les citoyens à leurs gouvernants et à leurs administrations ne peut qu'être réciproque, et il serait dommageable qu'au nom d'une quête abusive de la vertu, la suspicion des uns ait pour corollaire la crainte permanente des autres. Entendus trop largement, les conflits d'intérêts potentiels peuvent en effet être sous-jacents à de nombreux choix, alternatives ou décisions : toute personne se définit par des origines, des orientations politiques, philosophiques, sexuelles ou religieuses, une histoire, des attachements qui ne peuvent être constamment opposés à sa mission ou à ses choix. De même, toute personne participant à une mission publique appartient à de vastes catégories de citoyens susceptibles de bénéficier d'un dispositif dont elle peut être amenée à connaître.³⁴

La notion d'intérêt étant extensive, l'atteinte à la vie privée risque non seulement de concerner des éléments très personnels de l'équation du responsable politique lui-même, mais de peser aussi sur les membres de sa famille, sur ses proches et sur ses amis plus ou moins éloignés. La réticence à l'égard des déclarations d'intérêts porte ainsi sur le seuil de transparence exigible et, si elles sont soumises à publication, sur la légitimité d'une atteinte aux droits de tiers – pour éviter d'hypothétiques conflits avec des intérêts généraux. Tenant compte de ces réticences, le Rapport Sauvé conclut qu'il ne faut pas « donner libre cours à une intrusion excessive dans la vie privée des personnes concernées » et « faire un juste départ entre la prévention des conflits d'intérêts et le respect de la vie privée. Les informations qui pourraient être collectées ou révélées dans le cadre d'une démarche de prévention ne doivent pas être utilisées à d'autres fins que celle-ci : si la transparence est une condition de la prévention, elle ne doit pas se transformer en voyeurisme ou scrutation permanente des personnes concernées ». On conçoit aisément que la nature extensive de la notion d'intérêt soit spécialement problématique pour le personnel politique. En effet, non seulement ses membres appartiennent à des partis politiques qui sont

34 Jean-Marc SAUVÉ, rapport précité : « Le ministre chargé de l'Économie et des Finances comme les fonctionnaires de son ministère sont évidemment des contribuables, tout comme le ministre en charge des affaires familiales et les agents des caisses d'allocations familiales ont une vie de famille susceptible d'ouvrir droit à la perception d'allocations. Ce n'est pas parce qu'une décision publique peut avoir une incidence sur un intérêt personnel de celui qui la prend qu'il existe nécessairement un conflit d'intérêts. Pour que naisse une telle situation, il faut que l'intérêt personnel de l'acteur public soit effectivement susceptible d'influencer ou de paraître influencer ses décisions. La prévention des conflits d'intérêts suppose donc une certaine 'intensité' des intérêts en question, une 'consistance' et une pertinence susceptibles de faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de l'agent. »

des entreprises de courtage des intérêts, mais encore les élus ont un intérêt direct pour leur réélection à satisfaire toutes sortes d'intérêts particuliers et catégoriels de leurs électeurs, qui deviennent *ipso facto* leurs propres intérêts. Inutile de rappeler, à cet égard, que députés et sénateurs ne se privent jamais de leur fonction de courtage en mobilisant une rhétorique de la proximité, en évoquant constamment qu'ils sont au service de leurs électeurs et de leurs circonscriptions dont ils défendent ostensiblement les intérêts très particuliers au parlement³⁵. C'est alors, face à ces mécanismes de courtages des intérêts et face aux rapports entretenus avec des lobbys diversifiés, la capacité des dispositifs de prévention des conflits d'intérêts imaginés qui semble tout à fait insuffisante, en politique, à produire les effets recherchés³⁶. Il n'est pas très surprenant, dans ces conditions, que des mesures beaucoup plus structurelles et radicales soient proposées pour empêcher certaines dérives en supprimant ce qui les rend possibles, comme l'interdiction du cumul des mandats³⁷. Plus classiquement, c'est l'amélioration de la répression pénale, l'encadrement strict du secret de la défense nationale utilisé pour couvrir des malversations politico-financières qui n'ont rien à voir avec lui, la suppression des immunités et privilèges de juridiction dont bénéficient encore certains responsables politiques et surtout l'établissement d'une réelle indépendance de la justice vis-à-vis de l'exécutif qui sont toujours suggérés pour moraliser la vie politique et en éradiquer les opacités.

II. UNE TRANSPARENCE BIEN TEMPÉRÉE

Produisant eux-mêmes les règles qui leurs sont applicables, les parlementaires prennent un soin tout particulier à ménager leurs intérêts de

35 La peopolisation de la vie politique mettant en scène les amitiés politiques, l'intérêt des journalistes pour les « coulisses de la vie politique » et la fausse transparence engendrée par la communication politique insistant lourdement sur l'influence des entourages et des amis dans l'exercice de l'État, rendent peu crédible la recherche d'une absence de conflits d'intérêts des responsables politiques, en accréditant par l'image des relations qu'ils entretiennent l'idée que les décisions sont prises sous l'influence de celles-ci : la rencontre avec les amis du Fouquet's a dès le début du quinquennat de N. Sarkozy accrédité la thèse qu'il agissait dans l'intérêt de ses amis : Michel PINCON et Monique PINCON-CHARLOT, *Le président des riches. Enquête sur l'oligarchie dans la France de N. Sarkozy*, Zones, 2010 ; sur le clientélisme partisan : Frédéric SAWICKI, « La faiblesse du clientélisme partisan en France », in Jean-Louis BRIQUET, Frédéric SAWICKI (dir.), *Le clientélisme politique dans les sociétés contemporaines*, PUF, 1998, p. 215 et s.

36 Ce qui ne signifie pas qu'ils ne sont pas pertinents pour prévenir les conflits d'intérêts liés au cercle familial.

37 La Commission Jospin en propose la limitation : *Pour un renouveau démocratique. Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, La Documentation française, 2012, 131p. (Propositions n^{os} 14 et 15).

professionnels de la politique. La tension qui s'exprime dans le discours sur la transparence politique entre la nécessité d'y souscrire et la volonté d'en limiter la portée intrusive et contraignante se traduit très concrètement dans les *dispositifs crédogènes*³⁸ créés pour rétablir la confiance par la transparence, lesquels reposent sur des équilibres subtils et ont des champs d'application variables. Cette tension est repérable dans les mécanismes gradués d'établissement de la transparence et dans les institutions de certification et de contrôle qui servent à les valider et dont les insuffisances sont patentées (A) comme dans la nature du droit qui consacre les obligations de transparence, qui est à la fois flou et mou (B).

A. Des dispositifs faiblement crédogènes

S'agissant des obligations de transparence, elles se sont peu à peu diversifiées. Elles consistent dans des déclarations de patrimoines³⁹, afin de lutter contre la corruption et les trafics d'influence, dans des dépôts de comptes pour les partis politiques et les candidats aux élections, dans des déclarations d'intérêts pour les titulaires de certains postes à responsabilités (notamment les membres du gouvernement conformément à la Charte de déontologie du 17 mai 2012⁴⁰) et dans des déclarations d'activités. Alors que les unes sont généralement gardées secrètes – les déclarations de patrimoines⁴¹ –, les autres sont plus volontiers rendues publiques – les déclarations d'intérêts et les déclarations d'activités. Ces obligations déclaratives seraient sans portée si elles n'étaient associées à des institutions dispersées chargées de collecter les

38 Lucien KARPIK, *L'économie des singularités*, Gallimard, 2007.

39 Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique : déclaration de patrimoine pour les membres du gouvernement, les députés européens et les dirigeants d'organismes publics ; Loi n° 95-65 du 8 février 1995 relative à la déclaration du patrimoine des membres du gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, qui étend notamment l'obligation de déclaration du patrimoine aux membres de l'organe délibérant d'un EPCI à fiscalité propre.

40 « 3. Impartialité : Les membres du gouvernement sont au service de l'intérêt général. Ils doivent, non seulement faire preuve d'une parfaite impartialité, mais encore prévenir tout soupçon d'intérêt privé. C'est la raison pour laquelle ils remplissent et signent une déclaration d'intérêts lors de leur entrée en fonctions, déclaration qui est rendue publique, à l'exception des informations concernant des tiers. En outre, ils confient la gestion de leur patrimoine mobilier à un intermédiaire agréé, sur la base d'un mandat garantissant qu'ils ne pourront intervenir directement dans cette gestion. Les membres du gouvernement s'abstiennent de donner suite à toute invitation pour un séjour privé qui émanerait d'un gouvernement étranger ou de personnes physiques ou morales dont l'activité est en relation avec leur département ministériel. Ils remettent au service des domaines, soit immédiatement, soit à l'issue de leurs fonctions, les cadeaux d'une valeur supérieure à 150 euros. Ils renoncent à toute participation à un organisme, même à but non lucratif, dont l'activité intéresse leur ministère. Ils s'abstiennent absolument de toute intervention concernant la situation d'un membre de leur famille ou d'un proche. »

41 Les déclarations de patrimoine des membres du gouvernement sont toutefois rendues publiques depuis l'affaire Cahuzac.

déclarations, dont les moyens et les pouvoirs de contrôle et de sanction très inégaux - Commission de déontologie de la fonction publique, Commission pour la transparence financière de la vie politique⁴², Commission des comptes de campagne et des financements politiques – et en tout état de cause insuffisants pour être en mesure de garantir le respect des obligations posées et de vérifier la validité des informations fournies. Logiquement, il a été proposé, par les différentes Commissions de réforme⁴³, de rationaliser ces dispositifs en regroupant certains de ces organismes dans une Autorité de déontologie de la vie publique qui bénéficierait ainsi d'une plus grande visibilité et serait entourée d'un réseau de déontologues⁴⁴. Mais dans la mesure où la corruption, le trafic d'influence et le favoritisme sont des infractions que ceux qui les commettent dissimulent soigneusement, c'est surtout de moyens de contrôle et d'investigation poussés dont il faudrait doter cette institution pour qu'elle se révèle efficace⁴⁵, puisse ainsi acquérir une crédibilité dans l'opinion publique et devenir peu à peu crédo-gène pour la classe politique en restaurant la confiance en elle. Mais encore faudrait-il pour y parvenir que les règles posées pour rétablir la confiance par la transparence soient suffisamment contraignantes pour dissiper les opacités. Or c'est là sans doute ce qui soulève les plus grandes difficultés.

B. Un droit de la transparence mou et flou

La difficulté à cerner les conflits d'intérêts et les situations d'opacités dangereuses « *rend illusoire d'entendre régir a priori toutes les situations de prévention des conflits d'intérêt par le droit* »⁴⁶. Dans ces conditions, les exigences de la transparence préventive relèvent moins de prescriptions normatives claires et précises que d'une déontologie appréciée au cas par cas et dont l'efficacité ne peut reposer que sur la diffusion d'une « culture déontologique » permettant aux acteurs publics de se déporter dès lors qu'ils

42 Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique. Elle contrôle le patrimoine des membres du gouvernement, qui doivent déclarer leur situation patrimoniale à leur entrée en fonction et à l'issue de leurs fonctions. Elle peut en cas d'évolution du patrimoine inexploquée, transmettre le dossier au parquet.

43 Jean-Marc SAUVÉ, rapport cité.

44 Lionel JOSPIN, *Pour un renouveau démocratique [...], op. cit.* (proposition n° 33), p. 103. Cette autorité fixerait les « règles de base des conduites ».

45 L'expérience montre que de telles structures sont vite affaiblies lorsqu'elles se lancent dans des investigations gênantes. Sur la marginalisation du Service central de prévention de la corruption (créé par la loi du 29 janvier 1993) : Éric ALT et Irène LUC, *L'esprit de corruption*, Le Bord de l'eau, 2012, p. 47.

46 Jean-Marc SAUVÉ, rapport cité. Il cite le Rapport 2005 de l'OCDE selon lequel « *il est matériellement impossible de définir à l'avance toutes les formes envisageables de conflits d'intérêts pour n'avoir ensuite qu'à les interdire* ».

risquent d'être en conflit d'intérêts et de voir leur probité et leur impartialité contestées. Par ailleurs, les obligations de transparence, floues dans leurs définition et variables en fonction des situations, n'ont pas toutes les mêmes incidences : dans certains cas la publicité de certaines informations est exigée et considérée comme dissuasive et suffisamment préventive. Dans d'autres cas, l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel entraîne une incompatibilité de fonction. Dans d'autres encore, l'exercice de la fonction s'accompagne d'une mise sous gestion du patrimoine de son titulaire par un tiers. Il n'est pas besoin d'insister sur le fait que le souci de doser les exigences de transparence en fonction des situations rend l'ensemble du dispositif illisible et incompréhensible pour le public. De plus, comme l'activité politique relève structurellement du courtage des intérêts, que les politiques « ont intérêt à être réélus », et sont placés sous la pression continue des intérêts particuliers de leurs électeurs et de leurs intérêts de professionnels de la politique⁴⁷, on ne peut qu'être sceptique sur la signification exacte de ces règles en ce qui les concerne, comme en atteste le débat actuel sur le cumul des mandats dont la Commission Jospin a préconisé une nouvelle limitation drastique pour ceux qui risquent d'être porteurs de conflits d'intérêts publics⁴⁸. Les rhétoriques de la proximité en politique, de la représentation de sa circonscription et de la défense d'intérêts catégoriels bénéficiant d'innombrables avantages spécifiques et de niches fiscales conquises de haute lutte sont tellement présentes dans le discours politique qu'elles ne peuvent être sérieusement contrebalancées par des institutions crédogènes aussi faibles que celles qui existent et des réglementations aussi complexes que subtiles destinées à accréditer l'idée que les politiques servent exclusivement l'intérêt général. Ce n'est pas tant le défaut de transparence qui ronge la confiance du public dans le personnel politique que l'évidence de l'omniprésence des intérêts particuliers dans les processus décisionnels⁴⁹ et consécutivement du défaut d'impartialité des institutions politiques⁵⁰. De ce point de vue, sanctionner promptement et lourdement les faits de corruption, de trafic d'influence et définir des infractions cernant clairement la nature des conflits d'intérêts et des ingérences

47 Pour des modèles explicatifs de ces comportements: Anthony DOWNS, *Une théorie économique de la démocratie* (1957), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013 ; Gordon TULLOCK, *The vote Motive* (1976), Londres, Hobart Paperback 33, The Institute of Economic Affairs, 2006. Sur cette logique sous la III^e République : Yves POIRMEUR, « Une représentation indigène du métier politique à la fin de la III^e République. Le réquisitoire élitiste d'André Tardieu contre la profession parlementaire », in Pierre MAZET et Yves POIRMEUR (dir.), *Le métier politique en représentation*, L'Harmattan, 1999, p. 215 et s.

48 Elles suscitent une opposition de nombreux parlementaires du PS.

49 Ainsi la transparence de la liste des lobbyistes admis dans l'enceinte des assemblées ne fait que confirmer l'existence des pressions des intérêts particuliers dont chacun devine l'existence.

50 Le cas du Conseil constitutionnel où siègent les anciens Présidents de la République et d'anciens ministres est sans doute l'exemple le plus caricatural.

prohibés en politique seraient sans doute les voies les plus sûres pour rétablir cette confiance : c'est surtout la justice qu'il faudrait laisser librement travailler pour obtenir ce résultat, en établissant son entière indépendance et en supprimant les obstacles mis aux enquêtes et aux instructions⁵¹. Faire confiance à la justice serait plus expédient que s'en remettre à une déontologie de la transparence dont le caractère principal est, paradoxalement, d'être aussi floue qu'opaque.

51 La loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 a aggravé le secret -défense, en permettant la classification des lieux, et en rendant les procédures de perquisition extrêmement difficiles. Le Conseil constitutionnel en a sanctionné la disposition qui subordonnait la perquisition et les pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire à une décision administrative (CC, Décision n° 20122-192 QPC du 10 nov. 2011, *Mme Ekaterina B. et autres*).

La transparence du financement des messages électoraux aux États-Unis

Thomas HOCHMANN

Les Tartares sont obligés de mettre leur nom sur leurs flèches, afin que l'on connoisse la main dont elles partent.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XII, Chapitre 24

115

A ux États-Unis, le thème de la transparence est irrémédiablement attaché au nom de Louis Brandeis. Auteur en 1890 d'un article célèbre sur la protection de la vie privée¹, le futur juge envisageait dès l'année suivante de rédiger une étude qui viendrait le compléter et qui, ajoutait-il, l'intéressait davantage : « le devoir de publicité »². En 1976, dans un arrêt essentiel sur le financement des campagnes électorales, la Cour suprême citait l'un des plus éminents membres qu'elle ait comptés : « *la publicité est recommandée, à juste titre, comme remède aux maladies sociales et industrielles. On dit que la lumière du soleil est le plus puissant des désinfectants, et la lumière électrique le plus efficace des policiers* »³.

1 Samuel WARREN et Louis BRANDEIS, « The Right to Privacy », 4 *Harvard Law Review* 193 (1890).

2 Melvin UROFSKY et David LEVY (éds.), *Letters of Louis D. Brandeis, volume I (1870-1907): Urban Reformer*, State University of New York Press, 1971, p. 100.

3 Louis BRANDEIS, *Other People Money and How the Bankers Use It*, National Home Library Foundation, 1933 (1914), p. 62, cité dans *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), p. 67.

Depuis quelques années, cette phrase connaît un regain d'actualité, à mesure que les études sur la transparence se développent⁴. En particulier, de multiples articles doctrinaux qui invoquent Brandeis sont relatifs au financement des campagnes électorales. En effet, le thème de la transparence, qui n'est pas récent dans ce domaine⁵, revêt depuis peu une nouvelle importance, en raison d'une modification majeure dans le droit électoral américain. Désormais, les sociétés⁶ peuvent dépenser des sommes illimitées pour influencer les électeurs. Les flèches décochées pendant la campagne, flèches dont les pointes sont particulièrement acérées aux États-Unis, sont donc largement financées par de grands groupes privés. Aussi, de multiples voix appellent à la mise en place d'un système qui permette de connaître non seulement la main dont est partie la flèche, mais également l'identité de ceux qui ont procuré son arme et ses munitions à l'archer.

Cette demande de transparence devrait être satisfaite dès lors que la Cour suprême, tout en dérégulant partiellement le financement des campagnes électorales, a insisté sur l'importance d'en révéler publiquement les sources (I). Néanmoins, le système actuel souffre de nombreuses imperfections qui nourrissent un important débat aux États-Unis (II).

I. LE FINANCEMENT DES MESSAGES ÉLECTORAUX SELON LA COUR SUPRÊME : DES DÉPENSES LIBRES MAIS TRANSPARENTES

La Cour suprême souligne depuis longtemps l'importance qu'il y a à dévoiler l'identité de ceux qui financent les campagnes électorales (B). Cette question, qui est donc ancienne, revêt une importance accrue depuis un arrêt

⁴ Cf., remarquant le nombre croissant de travaux consacrés à ce thème, Frederick SCHAUER, « Transparency in Three Dimensions », 2011 *University of Illinois Law Review* 1339 (2011), p. 1340. L'auteur mentionne la phrase de Brandeis dans *ibid.*, p. 1349. Cette citation apparaît aussi, par exemple, dans les articles suivants : Chesa BOUDIN, « Publius and the Petition: *Doe v. Reed* and the History of Anonymous Speech », 120 *Yale Law Journal* 2140 (2011), p. 2171 et 2176 s. ; Elian DASHEV, « Economic Boycotts as Harassment: The Threat to First Amendment Protected Speech in the Aftermath of *Doe v. Reed* », 45 *Loyola of Los Angeles Law Review* 207 (2011), p. 244 ; Cynthia BAUERLY et Eric HALLSTROM, « Square Pegs: The Challenges for Existing Federal Campaign Finance Disclosure Laws in the Age of the Super PAC », 15 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 329 (2012), p. 346 ; Daniel ORTIZ, « The Informational Interest », 27 *Journal of Law and Politics* 663 (2012), p. 665.

⁵ Dans un arrêt de 1934, la Cour suprême confirmait la constitutionnalité du *Federal Corrupt Practices Act* de 1925, qui exigeait notamment la publication des dons faits aux comités politiques dans le cadre des campagnes pour l'élection présidentielle. *Burroughs & Cannon v. United States*, 290 U.S. 534 (1934).

⁶ Le terme « société » est employé ici de manière très large pour traduire l'américain « corporation », qui recouvre tant les sociétés au sens strict que les associations.

de 2010 qui permet aux sociétés de dépenser des sommes illimitées dans le cadre des campagnes (A).

A. L'arrêt Citizens United et la libéralisation des dépenses électorales des sociétés

Pour comprendre le bouleversement provoqué par l'arrêt *Citizens United* rendu par la Cour suprême en 2010 (2), il est nécessaire de présenter la situation antérieure (1).

1. La jurisprudence avant Citizens United : la restriction des dépenses électorales des sociétés

De l'aveu des universitaires américains, le régime juridique des campagnes électorales est d'une effroyable complexité aux États-Unis⁷. La Cour suprême est largement responsable du développement de ce système⁸.

En 1907, le Parlement américain interdit aux sociétés de donner de l'argent aux candidats aux élections fédérales⁹. Quarante ans plus tard, une loi étendit cette interdiction aux « dépenses indépendantes » : les sociétés ne pouvaient pas financer des messages favorables à un candidat¹⁰. Suite au scandale du *Watergate*, le Congrès adopta une nouvelle loi sur le financement des campagnes électorales¹¹ qui fut partiellement censurée par la Cour suprême. La haute juridiction considéra que la lutte contre la corruption réelle ou apparente permettait de limiter le montant des dons qui pouvaient être consentis directement à un candidat¹². En revanche, elle jugea que la restriction des sommes engagées pour s'exprimer de manière indépendante en faveur d'un candidat, ainsi que le plafonnement des dépenses d'un candidat formaient des atteintes inconstitutionnelles à la liberté d'expression¹³. La Cour, cependant, n'examina pas l'obligation faite aux sociétés, si

7 Cf. R. Sam GARRETT, « Seriously Funny : Understanding Campaign Finance Policy Through the Colbert Super Pac », 56 *Saint Louis University Law Journal* 711 (2012), p. 711.

8 Sanford LEVINSON, in Robert McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 5^{ème} éd. rév. par Sanford LEVINSON, University of Chicago Press, 2010, p. 158. Cf. aussi les critiques de John Paul STEVENS, *Five Chiefs, A Supreme Court Memoir*, Brown and Company, 2012 (2011), p. 137.

9 *Tillman Act* de 1907. L'aperçu historique qui va suivre a été esquissé par de nombreux auteurs. Cf. en particulier, complet et synthétique, Maxfield MARQUARDT, « Citizens United: A World of Full Disclosure », 31 *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 555 (2011), p. 557 ss.

10 *Taft-Hartley Act* de 1947.

11 *Federal Election Campaign Act* de 1971, modifié en 1974.

12 *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), p. 23 ss.

13 *Ibid.*, p. 39 ss. Ce système, qui limite les dons faits aux candidats mais pas leurs dépenses, avantage logiquement les individus les plus riches. En 2010, quarante des cent membres du Sénat étaient des

elles désiraient intervenir dans la campagne électorale, de créer un comité politique financé par un compte séparé¹⁴. Il demeurait donc interdit aux sociétés de dépenser directement de l'argent pour financer des messages de nature électorale.

L'arrêt *Buckley v. Valeo*, s'il constitue le premier arrêt important en matière de financement des campagnes politiques, ne porte pas particulièrement sur les sociétés. L'année suivante, la Cour fut saisie d'une affaire davantage consacrée à leur situation. Elle souligna que les sociétés, comme les individus, bénéficiaient de la liberté d'expression¹⁵, et qu'elles avaient le droit de prendre part au débat qui entourait un referendum. La Cour indiquait que la solution était peut-être différente lorsqu'il s'agissait d'élire un individu, et que l'interdiction faite aux sociétés d'intervenir librement dans de telles campagnes pourrait être constitutionnelle si un risque de corruption réelle ou apparente était établi¹⁶.

En 1990, la Cour souligna la différence de situations entre les individus et les sociétés. Contrairement aux êtres humains, ces organisations sont immortelles et sont organisées de manière à pouvoir engranger d'immenses sommes d'argent¹⁷. Leur permettre de s'exprimer à égalité avec les individus entraînerait une distorsion du débat. Aussi, la Cour considérait que des limites particulières pouvaient s'appliquer à leurs « dépenses indépendantes »¹⁸. Si elles voulaient financer des messages favorables à un candidat, les sociétés devaient créer un comité politique, alimenté par un compte séparé.

En 2002, une nouvelle loi dite « loi McCain-Feingold », du nom des deux sénateurs à l'origine de la proposition¹⁹, élargit l'interdiction faite aux sociétés de financer de manière indépendante des messages électoraux. Dans l'arrêt *Buckley*, la Cour avait limité cette interdiction aux expressions qui incitaient explicitement à voter pour ou contre un candidat²⁰. La nouvelle

millionnaires. Sanford LEVINSON, in Robert McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, op. cit., p. 158.

14 Cf. *Buckley v. Valeo*, op. cit., p. 196 et p. 28, note 31.

15 *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), p. 784.

16 *Ibid.*, p. 787, note 26.

17 Cette remarque n'est pas sans rappeler ce qu'écrivait Georges Ripert à propos des sociétés, « ces géants semblables à ceux que l'imagination de Wells faisait descendre de la planète Mars dans la banlieue de Londres. Ils ne sont pas créés pour nous détruire, ce sont des serviteurs de nos besoins. Mais il ne faut pas vouloir nous faire croire qu'ils sont créés à l'image de l'homme et taillés à sa mesure. S'ils ont pris la figure humaine, c'est seulement pour se prévaloir de l'égalité des droits. En réalité, ces personnes morales ne sont pas des personnes, car elles n'ont ni corps susceptibles de souffrance, ni âme éprise d'idéal. Ce sont des robots. Elles ont été créées sur le modèle des hommes. Il ne faut pas se laisser prendre à l'illusion de cette forme humaine ». Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., L.G.D.J., 1951, p. 90.

18 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), p. 658 ss.

19 Le nom officiel de la loi est *Bipartisan Campaign Reform Act*.

20 *Buckley v. Valeo*, op. cit., p. 44, note 52. La Cour donnait les exemples suivants : « 'vote for,' 'elect,' 'support,' 'cast your ballot for,' 'Smith for Congress,' 'vote against,' 'defeat,' 'reject.' ».

loi interdisait plus largement aux sociétés de financer, sur leurs fonds généraux, les « *communications électorales* » (*electioneering communications*), définies comme des messages qui se référaient à un candidat clairement identifié et étaient diffusés un mois avant l'élection. La Cour, dans l'arrêt *McConnell*, confirma cette disposition, en considérant qu'il n'y avait aucun sens à fonder le régime juridique sur la présence ou l'absence des « mots magiques » tels que « Votez pour Smith ». Les expressions visées par la nouvelle loi étaient « l'équivalent fonctionnel » de l'appel explicite à voter pour le candidat²¹.

L'arrêt *McConnell* fut le point culminant de la jurisprudence favorable à l'encadrement du financement des campagnes électorales²². En particulier, le remplacement en 2005 de la juge O'Connor par le juge Alito fit basculer la majorité très étroite de la Cour sur ces questions²³. En 2007, la Cour restreint la portée du précédent *McConnell* en jugeant qu'un message n'était équivalent à une incitation explicite que lorsque la seule interprétation qu'il permettait raisonnablement était un appel à voter pour ou contre un candidat²⁴. Tel n'était pas le cas, jugeait la Cour, du message radiophonique qui critiquait le comportement du sénateur Feingold, diffusé peu avant les élections sénatoriales auxquelles il se représentait.

Dans une opinion concordante jointe à cet arrêt, le juge Alito laissait entendre que l'arrêt *McConnell* était menacé. Deux autres décisions rendues durant la même période confirmèrent cette impression²⁵. Le coup de grâce devait intervenir rapidement.

2. L'arrêt *Citizens United* et ses suites : la dérégulation du financement des messages électoraux

Au début de l'année 2010, il était donc interdit aux sociétés de puiser dans leur trésorerie générale pour financer les messages appelant explicitement à voter pour un candidat ou bien, dans les deux mois précédant une élection (ou les trente jours précédant une élection primaire), tout message qui ne pouvait être raisonnablement interprété autrement. Si elles souhaitaient financer ce type d'expression, les entreprises devaient ouvrir un compte séparé afin de créer un comité politique (PAC) dont le fonctionnement est étroitement encadré²⁶.

21 *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003), p. 206.

22 Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », 19 *William & Mary Bill of Rights Journal* 983 (2011), p. 993.

23 Cf. *ibid.* ; et Sanford LEVINSON, in Robert McCLOSKEY, *The American Supreme Court, op. cit.*, p. 160.

24 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007), p. 469 s.

25 *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230 (2006) ; *Davis v. Federal Election Commission*, 554 U.S. 724 (2008).

26 Cf. *Citizens United v. Federal Elections Commission*, 558 U.S. 310 (2010), p. 338 : « les PACs constituent des alternatives pesantes ». Ils nécessitent la mise en place d'une structure administrative et sont soumis à de nombreuses réglementations.

En 2008, une organisation appelée *Citizens United* entendait diffuser des messages critiques à l'encontre de Hillary Clinton, candidate à l'élection primaire au sein du Parti démocrate. Craignant une sanction, cette organisation demanda à un juge de déclarer que ces restrictions n'étaient pas applicables à son encontre. Le 21 janvier 2010, la Cour suprême abandonna la teneur de l'arrêt *Austin* et jugea que les sociétés jouissaient de la même liberté d'expression que les individus²⁷. Il était interdit à l'État d'isoler ce groupe particulier d'orateurs, et de restreindre davantage leurs moyens d'expression²⁸. Dès lors, l'arrêt *McConnell* devait également être renversé : les sociétés peuvent financer directement des messages électoraux qui font référence à un candidat clairement identifié, voire qui appellent explicitement à son élection ou sa défaite²⁹. Ainsi prend fin cette interdiction, qui remontait à 1947. Seuls demeurent interdits les dons directs aux candidats et le financement de messages organisés de manière coordonnée avec le candidat.

Cet arrêt, rendu par une majorité de cinq juges contre quatre, a provoqué un grand débat et a donné lieu à de vives critiques, notamment de la part du Président Barack Obama³⁰. La Cour a dû en confirmer la teneur en 2012, en annulant un arrêt de la Cour suprême du Montana qui validait un système contraire³¹. Par ailleurs, quelques mois après l'arrêt *Citizens United*, une cour d'appel a tiré la conclusion logique de cet arrêt : puisque les dépenses « indépendantes », c'est-à-dire non coordonnées avec un candidat, ne peuvent faire l'objet de restrictions, les sociétés peuvent également donner des sommes illimitées aux organismes qui se consacrent à ce type de financement³². Ce système permet aux sociétés de regrouper leurs efforts, et a conduit à l'apparition d'organismes qui reçoivent et dépensent des sommes faramineuses dans la bataille électorale. Officiellement appelés des « comités de dépenses

27 Ainsi triomphait la « *grande habileté* » décrite par Georges Ripert : « *considérer la personnalité des êtres moraux comme exactement semblable à celle des être humains. C'était la protéger par un appel au droit naturel, toute réglementation paraissant ainsi contraire aux droits de l'Homme* » (Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, p. 74).

28 *Citizens United v. FEC, op. cit.*, p. 367. Sur l'arrêt *Citizens United*, cf. en français Wanda MASTOR, « Financement des campagnes électorales : la lutte contre la corruption cède devant la liberté d'expression », *Constitutions*, 2010, p. 456 ; Idris FASSASSI, « États-Unis », *RFDC*, 2011, p. 324 ; Michel ROSENFELD et Elena COHEN, « La Cour suprême des États-Unis, les sessions 2008-2009 et 2009-2010 : un clivage idéologique marqué dans l'interprétation de la Constitution », *RDP*, 2011, p. 1345.

29 *Citizens United v. Federal Election Commission, op. cit.*, p. 367.

30 Cf. Ciara TORRES-PELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code, the Dark Election of 2010 and Why Tax-Exempt Entities Should Be Subject to Robust Federal Campaign Finance Disclosure Laws », 26 *Nexus : Chapman's Journal of Law & Policy* 59 (2011), p. 60 et 64.

31 *American Tradition Partnership v. Bullock*, 567 U.S. ___ (2012). Cf. Thomas HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2010 – juin 2012) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 94, 2013, p. 309.

32 *SpeechNow.org v. Federal Election Commission*, 599 F.3d 686 (26 mars 2010).

indépendantes seulement » (*independent expenditures only committees*), ils sont plus souvent désignés comme des « super comités d'actions politique » (Super PACs). Apparus au milieu de l'année 2010, ils dépensèrent 65 millions de dollars lors de la campagne pour les élections du mois de novembre³³. En vue du scrutin de 2012, leurs dépenses se sont élevées à 600 millions³⁴.

Face à un tel déferlement de billets verts, le gouvernement démocratique peut sembler menacer : la « *puissance du capitalisme se heurte [...] à la puissance de la démocratie* »³⁵. Le danger est d'autant plus pressant si ces versements interviennent de manière occulte. Aussi, dans sa jurisprudence antérieure comme dans *Citizens United*, la Cour suprême a toujours insisté sur l'importance de la transparence du financement des messages électoraux.

B. L'attachement de la Cour suprême à la divulgation des dépenses électorales

Le droit électoral américain impose à la plupart des personnes, physiques ou morales, qui interviennent dans la campagne de révéler publiquement leurs dépenses et leurs recettes, ainsi que l'identité de leurs donateurs³⁶. La Cour suprême s'est toujours montrée favorable à cette exigence. En effet, si elle complique quelque peu la tâche des orateurs, elle n'empêche personne de parler³⁷. Elle est donc permise si elle se rattache à un intérêt suffisamment important. Dans l'arrêt *Buckley v. Valeo*, la Cour considérait qu'elle était justifiée par trois intérêts étatiques : l'information des électeurs (1), la lutte contre la corruption (2) et l'application des lois électorales, tels les plafonds ou les interdictions de certaines dépenses³⁸. Le dernier intérêt ne mérite pas de développements supplémentaires, parce qu'il peut être assimilé au second³⁹ et parce qu'il ne nécessite pas la révélation publique des dépenses, mais se satisfait d'un rapport adressé à l'administration⁴⁰.

33 Richard BRIFFAULT, « Updating Disclosure for the New Era of Independent Spending », 27 *Journal of Law & Politics* 683 (2012), p. 684.

34 DEMOS, *Election Spending 2012: Post-Election Analysis of Federal Election Commission Data*, novembre 2012, www.demos.org. Cf. aussi Anne DEYSINE, « Panorama des forces politiques en présence : argent contre mobilisation », in Julian FERNANDEZ (dir.), *Élections américaines, Un bilan*, Pedone, 2013, p. 49 ss.

35 Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 7.

36 Cf. *infra*. Le terme de « disclosure » est traduit dans la présente étude par « divulgation », « révélation » ou « publication ».

37 *McConnell v. FEC*, op. cit., p. 201 ; *Citizens United v. Federal Election Commission*, op. cit., p. 369.

38 *Buckley v. Valeo*, op. cit., p. 66 ss. Cf. aussi *SpeechNow.org v. FEC*, op. cit., p. 698.

39 Cf. Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », 27 *Journal of Law and Politics* 557 (2012), p. 570, note 45.

40 Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », op. cit., p. 990.

1. L'information des électeurs

Pour les électeurs, il est important de savoir qui finance les messages favorables à un candidat. Cet élément, explique la Cour suprême, leur permet d'évaluer le candidat, il indique aussi les intérêts que le candidat est le plus susceptible de défendre, et facilite donc la prédiction du comportement du futur élu⁴¹. Comme l'explique un auteur, les électeurs sont des gens occupés, et ont recours à des « raccourcis » pour choisir le bénéficiaire de leur bulletin. L'un de ces raccourcis consiste à regarder qui sont les soutiens ou les adversaires d'un candidat⁴².

Tout au long de sa jurisprudence depuis *Buckley*, la Cour a systématiquement confirmé que cet intérêt, éminemment important, justifiait d'obliger toute personne ou tout groupe qui finance un message électoral à révéler d'où vient son argent⁴³. L'arrêt *Citizens United*, s'il s'oppose, par cinq voix contre quatre, à la limitation des sommes qui peuvent être dépensées par les sociétés dans le cadre d'une campagne, confirme par huit voix contre une l'exigence de divulgation⁴⁴. Celle-ci « permet aux citoyens de réagir à l'expression des sociétés de la manière convenable. Cette transparence permet à l'électorat de prendre des décisions informées et de donner le poids approprié aux différents orateurs et aux messages variés »⁴⁵.

Il faut souligner, en outre, que l'intérêt à l'information concerne également les actionnaires : elle leur permet de savoir si leur société intervient dans le débat électoral d'une manière favorable au groupe⁴⁶.

2. La lutte contre la corruption

Selon la Cour suprême, la divulgation des sources financières permet également de décourager la corruption : « le public informé des partisans les plus généreux d'un candidat est mieux armé pour détecter toute faveur spéciale qui serait consentie en échange après l'élection »⁴⁷. En outre, la publication des dépenses importantes évite les apparences de corruption⁴⁸.

⁴¹ *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 67.

⁴² Ciara TORRES-SPELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code [...] », *op. cit.*, p. 63. Certains auteurs contestent cette affirmation, et considèrent que ce type d'information intéresse peu les électeurs. Cf. les références données par Daniel ORTIZ, « The Informational Interest », *op. cit.*, p. 666.

⁴³ Cf. notamment *McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁴ Seul le juge Thomas est opposé à cette mesure.

⁴⁵ *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 372.

⁴⁶ Cf. *ibid.*, p. 371 ; Cynthia BAUERLY et Eric HALLSTROM, « Square Pegs: The Challenges for Existing Federal Campaign Finance Disclosure Laws in the Age of the Super PAC », *op. cit.*, p. 361.

⁴⁷ *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 67. C'est ici que la Cour cite la célèbre ode à la transparence du juge Brandeis (cf. *supra*). Elle renvoie aussi à l'arrêt de 1934, *Burroughs & Cannon v. United States*, *op. cit.*

⁴⁸ *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 67. Cf. aussi *ibid.*, p. 27.

L'ampleur des exigences de divulgation justifiées par cet intérêt dépend bien sûr de la manière dont la Cour définit la « corruption ». Le cas le plus évident consiste à échanger de l'argent contre certaines décisions politiques (« corruption *quid pro quo* »). Dans l'arrêt *McConnell*, la Cour adopta cependant une conception beaucoup plus large⁴⁹ : toute influence injustifiée pouvait s'apparenter à de la corruption. Or, il existait toujours un risque que les candidats élus cherchent à « remercier » les personnes ou les groupes qui avaient dépensé le plus d'argent en leur faveur⁵⁰. La divulgation des dépenses engagées par les sociétés, expliquait le juge Scalia dans une opinion individuelle, réduit leur influence néfaste, car les élus craignent de donner l'impression qu'ils sont « dans la poche » des entreprises⁵¹.

Dans *Citizens United*, la Cour considéra qu'il était inutile d'examiner cette justification, dès lors qu'elle avait déjà confirmé l'exigence de divulgation sur le fondement de l'information des électeurs⁵². Toutefois, l'arrêt s'appuie sur le rôle de cet intérêt : la Cour suprême adopte en effet une conception très étroite de la corruption, limitée à l'échange de bons procédés (*quid pro quo*). L'influence que des orateurs pourraient avoir sur les candidats ne s'apparente nullement à de la corruption : il s'agit simplement d'une caractéristique inévitable de la démocratie. Il est naturel que les élus favorisent certaines mesures, et cela a pour conséquence nécessaire qu'ils favorisent les intérêts de leurs partisans⁵³. C'est pour cette raison que la Cour n'interdit aux sociétés que les contributions directes aux candidats, et non les dépenses indépendantes : ces dernières, par nature, ne sont pas corruptrices. Dès lors, la prévention de la corruption ne peut plus justifier la divulgation du financement des messages électoraux qui sont diffusés indépendamment d'un candidat⁵⁴.

Il n'en demeure pas moins que la Cour confirme presque unanimement la constitutionnalité (et l'importance) de l'exigence de révéler les sources pécuniaires des messages électoraux, afin d'informer les citoyens. Suite à l'autorisation de dépenses illimitées donnée aux sociétés, cette obligation de

49 Cf. Daniel ORTIZ, « The Informational Interest », *op. cit.*, p. 672 s.

50 *McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 143 ss.

51 *Ibid.*, Scalia conc. et diss., p. 259. Certains soutiennent que le meilleur moyen de lutter contre la corruption est d'imposer un anonymat total, qui empêcherait l'homme politique de connaître l'identité de ceux qui l'ont soutenu. Cf. Ian AYRES et Jeremy BULOW, « The Donation Booth: Mandating Donor Anonymity to Disrupt the Market for Political Influence », 50 *Stanford Law Review* 837 (1998). Selon un autre auteur, l'identité du donateur doit être révélée au public lorsqu'elle est connue de l'homme politique, elle peut être maintenue secrète dans le cas contraire. Joseph BIRKENSTOCK, « Three Can Keep A Secret, If Two of Them Are Dead: A Thought Experiment Around Compelled Public Disclosure of 'Anonymous' Political Expenditures », 27 *Journal of Law & Politics* 609 (2012).

52 *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 371.

53 *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 360. Le juge Kennedy, qui écrit pour la majorité des juges, renvoie à sa propre opinion individuelle dans l'arrêt *McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 297.

54 Cf. Daniel ORTIZ, « The Informational Interest », *op. cit.*, p. 673 ss.

transparence joue un rôle essentiel. Les opposants à ce système de financement des campagnes placent désormais tous leurs efforts dans la bonne application et l'amélioration des dispositions relatives à la divulgation des dépenses⁵⁵. « *Pour l'instant* », explique un auteur⁵⁶, il est inconstitutionnel de limiter les dépenses des sociétés ; dès lors, il faut se concentrer sur la transparence, afin de déjouer l'influence des sociétés sur le jeu électoral. Or, il est loin d'être certain que le système actuel permette d'atteindre cet objectif.

II. LA CONTROVERSE ACTUELLE SUR LA TRANSPARENCE DU FINANCEMENT DES MESSAGES ÉLECTORAUX

Le régime actuel de divulgation des dépenses est affecté de plusieurs failles qui ne lui permettent pas d'atteindre l'objectif de transparence (A). Un débat oppose actuellement ceux qui souhaitent y remédier à ceux qui perçoivent dans l'exigence de révélation des sources une atteinte intolérable à la liberté d'expression (B).

A. Les failles du système actuel

Il est interdit aux sociétés de financer directement un candidat à une élection. En outre, le financement d'un message effectué de manière « coordonnée » avec un candidat est considéré comme une telle contribution. En revanche, les sociétés peuvent dépenser des sommes illimitées en faveur ou à l'encontre d'un candidat, du moment qu'elles agissent indépendamment de lui. Ces dépenses doivent cependant être révélées au public.

La loi de 1971 a mis en place une autorité chargée de faire respecter ces exigences : la Commission électorale fédérale (*Federal Election Commission*, FEC). Toute personne, toute société qui finance certains messages doit le signaler dans un rapport adressé à la FEC, dans lequel il lui faut également indiquer ses sources de financement. La loi fédérale (2 U.S.C. § 434) prévoit de tels rapports pour le financement de deux types d'expression. Les « dépenses indépendantes » (*independent expenditures*) appellent expressément à l'élection ou à la défaite d'un candidat. Les « communications électorales » (*electioneering communications*) font clairement référence à un candidat⁵⁷, et

⁵⁵ *Ibid.*, p. 665.

⁵⁶ Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 560.

⁵⁷ La Cour suprême a pu juger qu'une telle expression était « l'équivalent fonctionnel » d'un appel explicite à élire ou à battre le candidat (*McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 206). La réduction du concept

sont diffusées 60 jours avant une élection ou 30 jours avant une élection primaire. Les frais engagés pour diffuser de tels messages doivent être déclarés à la FEC lorsqu'ils dépassent un certain seuil⁵⁸. Le document communiqué à la FEC doit également contenir la liste des dons perçus pour réaliser de telles dépenses, ainsi que l'identité des donateurs⁵⁹. Quelques heures après la réception d'un rapport, la FEC le rend public sur son site Internet⁶⁰.

En plus de cette exigence de révélation de l'origine des moyens financiers (*disclosure*), la loi impose l'indication, dans chaque message électoral, de l'organisation qui en est à l'origine (*disclaimer*)⁶¹.

Malgré toutes ces précautions, il semble que les identités des principales sources de financement de messages électoraux indépendants lors de la campagne de 2010 n'aient, pour l'essentiel, pas été révélées au public⁶². Les élections de 2012 ne paraissent guère plus satisfaisantes à cet égard⁶³. Comment expliquer un tel échec de la transparence, pourtant prônée par la Cour suprême ? En réalité, les dispositions qui exigent la divulgation des flux financiers lors d'une campagne électorale sont aisément contournables en pratique. Cette inefficacité des règles est attribuable à l'organe qui en contrôle le respect (2), et à l'exploitation d'une exception législative par les acteurs (1).

de « communication électorale » introduite par l'arrêt *FEC v. Wisconsin Right to Life*, *op. cit.*, p. 469 s. (cf. *supra* n. 24), concernait uniquement l'interdiction, désormais abandonnée, faite aux sociétés d'engager certaines dépenses. L'arrêt *Wisconsin* ne traitait nullement de l'exigence de divulgation. Pourtant, des juridictions inférieures ont restreint cette exigence en se fondant sur cet arrêt : seules devaient être révélées les sommes liées à un message dont la seule interprétation raisonnable était l'appel au vote pour ou contre un candidat. Cf. Ciara TORRES-PELLISCY, « Has the Tide Turned in Favor of Disclosure? Revealing Money in Politics After *Citizen United* and *Doe v. Reed* », *27 Georgia State University Law Review* 1057 (2011), p. 1060 ss. La Cour suprême a corrigé cette erreur dans *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 370. D'ailleurs, la Cour précise que rien, dans la Constitution, n'exige de limiter l'obligation de divulgation à l'incitation explicite et à son « équivalent fonctionnel ». Seules ces mesures sont néanmoins prévues dans la loi.

58 Le seuil est de 10 000 \$ par an pour les communications électorales, 250 \$ pour les dépenses indépendantes. Cf. 2 U.S.C. § 434(c)(1) et 2 U.S.C. § 434(f)(1).

59 Ces donateurs doivent être divulgués lorsqu'ils ont transmis plus de 200 \$ pour l'engagement de dépenses indépendantes, et plus de 1 000 \$ pour des communications électorales. Cf. 2 U.S.C. § 434(c)(2)(C) et 2 U.S.C. § 434(f)(2)(F).

60 Cf. l'article écrit par un membre de la FEC et son conseiller, Cynthia BAUERLY et Eric HALLSTROM, « Square Pegs: The Challenges for Existing Federal Campaign Finance Disclosure Laws in the Age of the Super PAC », *op. cit.*, p. 345.

61 2 U.S.C. § 441d. Cette obligation est parfois désignée par les termes « *Stand by your ad* ».

62 Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », *op. cit.*, p. 986. Une auteure fustige l'obscurité de cette élection : Ciara TORRES-PELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code [...] », *op. cit.*, p. 59.

63 En se fondant sur les documents de la FEC, un auteur assure qu'en 2012, l'origine de 37 % des dépenses indépendantes n'a pas été révélée au public. Paul BLUMENTAL, « 'Dark Money' in 2012 Election Tops \$400 Million, 10 Candidates Outspent By Groups With Undisclosed Donors », *Huffington Post*, 2 novembre 2012, www.huffingtonpost.com. Cf. aussi Anne DEYSINE, « Panorama des forces politiques en présence : argent contre mobilisation », *op. cit.*, p. 51.

1. Le recours répandu à des organisations-écran

Les sociétés, si elles sont autorisées à financer directement des messages électoraux indépendants, ne procèdent pas de cette manière en pratique. Elles engagent plutôt leurs dépenses électorales à travers d'autres organismes⁶⁴. Cette pratique consistant à multiplier les intermédiaires afin de dissimuler le véritable soutien financier d'un message n'est pas nouvelle, mais elle a pris une toute autre ampleur récemment⁶⁵. Les sociétés ont d'abord recours aux Super PACs, apparus suite aux arrêts *Citizens United* et *SpeechNow.org*. Ce procédé réduit l'efficacité de l'exigence du *disclaimer*, puisqu'un donateur peut se cacher derrière une organisation au nom anodin, voire trompeur. « *American Crossroads* » est dévoué au Parti républicain, tandis que « *Priorities USA Action* » soutient le Parti démocrate. Si les positions des principaux Super PACs finissent par être connues du public, il n'en va pas forcément ainsi des plus petites organisations. Une campagne locale vit l'apparition de « *Latinos for Reform* », comité d'action politique dirigé par un militant républicain⁶⁶. Une organisation dénommée « *Les résidents de Littleton votent non* », qui s'opposait à l'ouverture d'un supermarché Wal-Mart, était entièrement financée par Wal-Mart⁶⁷. « *Des citoyens pour une meilleure sécurité sociale* » est une association d'industries pharmaceutiques⁶⁸.

En revanche, les Super PACs ne posent pas, en eux-mêmes, un problème quant à la divulgation de leurs sources financières. Ils sont en effet, comme tous les comités politiques, soumis à l'obligation de révéler publiquement leurs donateurs⁶⁹. L'obscurcissement du financement des campagnes électorales provient d'une autre conséquence de l'arrêt *Citizens United*. Parmi les sociétés dont les investissements électoraux sont désormais largement libérés, certaines tendent en effet à échapper aux règles de transparence. Elles sont connues sous le nom de « sociétés 501(c) », car elles sont définies à cet article du Code fiscal qui les exonère d'impôt. Il s'agit en particulier d'organisations à but non lucratif⁷⁰ et d'organisations dont l'objectif est de favoriser le commerce⁷¹. Ces sociétés ont le droit de financer des messages électoraux, à condition que cela ne constitue pas leur activité principale. Lors des élections

64 Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », *op. cit.*, p. 985.

65 Ciara TORRES-SPELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code [...] », *op. cit.*, p. 87.

66 Cf. Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 571.

67 Ciara TORRES-SPELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code [...] », *op. cit.*, p. 88.

68 *McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 129.

69 Cf. par exemple Sam GARRETT, « Seriously Funny : Understanding Campaign Finance Policy Through the Colbert Super Pac », *op. cit.*, p. 721.

70 Article 501(c)(4) du Code fiscal (*Internal Revenue Code*).

71 Article 501(c)(6) du Code fiscal. Les chambres du commerce sont de telles organisations.

de 2010, elles ont dépensé 133 millions de dollars lors de la campagne⁷². Mais elles peuvent également donner de l'argent à un Super PAC. La plupart de ces nouveaux comités ont créé une société 501(c)⁷³. En pratique, il semble qu'une large partie de l'argent des Super PACs provienne de ce type d'organisations⁷⁴, qui permettent de camoufler l'identité des donateurs initiaux.

Ces sociétés doivent signaler à l'administration fiscale les dons qu'elles reçoivent, mais la loi prévoit que ces informations ne sont pas révélées au public⁷⁵. Or, cet anonymat fiscal est décisif, dès lors que l'obligation de transmettre un rapport d'activités à la FEC est aisément contournable. Les sociétés 501(c) permettent donc à leurs donateurs de jouir du plus grand secret, car l'exigence de divulgation prévue dans la loi sur les campagnes électorales a été privée de toute efficacité par l'organe chargé de l'appliquer.

2. La paralysie de la Commission électorale fédérale (FEC)

La FEC a adopté une interprétation de la loi électorale qui fait de son contournement un « *jeu d'enfant* »⁷⁶. Elle considère en effet, depuis 2007, que les sociétés ne sont tenues de révéler que les dons qui leur ont été faits dans le but de financer des messages électoraux⁷⁷. Cette mesure était compréhensible à l'égard de sociétés dont les activités sont multiples et variées. Mais elle entrave complètement le système depuis que des sociétés 501(c) consacrées à la politique⁷⁸ peuvent dépenser librement dans les campagnes élec-

72 Richard BRIFFAULT, « Updating Disclosure for the New Era of Independent Spending », *op. cit.*, p. 685. Cette somme représente plus du double des dépenses engagées par les Super PACs à la même époque (cf. *inid.*, p. 684). Dans le cadre de la campagne de 2012, elles ont dépensé 300 millions de dollars, soit la moitié de la somme engagée par les Super PACs. DEMOS, *Election Spending 2012: Post-Election Analysis of Federal Election Commission Data*, *op. cit.*

73 Ce système fut dévoilé au grand public par l'humoriste Stephen Colbert, qui fonda suite à l'arrêt *Citizens United* un Super PAC intitulé *Americans for a Better Tomorrow, Tomorrow*. Il est conseillé par l'ancien président de la FEC, Trevor Potter, qui, lors de nombreuses interventions dans le cadre de l'émission quotidienne de Colbert, a expliqué les secrets du financement des campagnes électorales. En septembre 2011, les deux hommes décidèrent ainsi de créer une société 501(c)(4) afin de permettre des dons anonymes au Super PAC de Colbert. Cf. Sam GARRETT, « Seriously Funny : Understanding Campaign Finance Policy Through the Colbert Super Pac », *op. cit.*, notamment p. 722. Les émissions de Colbert sont accessibles sur le site www.colbertnation.com.

74 Richard BRIFFAULT, « Updating Disclosure for the New Era of Independent Spending », *op. cit.*, p. 686.

75 Ciara TORRES-PELLISCY, « Hiding Behind the Tax Code [...] », *op. cit.*, p. 80.

76 Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 557.

77 Depuis 2007 et l'arrêt *FEC v. Wisconsin Right to Life*, *op. cit.*, il était permis aux sociétés de financer des messages électoraux, dès lors que la seule interprétation raisonnable de l'expression n'était pas un appel au vote pour ou contre un candidat. Cf. *supra*.

78 En théorie, l'activité principale de ces sociétés ne doit pas être politique. Mais il leur est permis de consacrer le reste de leur temps à « éduquer » le public ou à défendre des points de vue sur certains sujets (cf. Richard BRIFFAULT, *art. cit.* (n. 22), p. 985). La polarisation de la vie politique

torales. Il suffit à ces organisations d'affirmer qu'aucun don ne leur a été remis spécifiquement pour la réalisation de dépenses électorales. En 2010, les membres républicains de la FEC sont même allés plus loin, et ont annoncé qu'ils considéraient que seuls devaient être révélés les dons confiés dans le but de financer la communication précise qui fait l'objet du rapport⁷⁹. Dans cette optique, comme le remarque un auteur, un don ne doit être rapporté à la FEC que s'il est accompagné d'une instruction du type : « Utilisez cet argent pour diffuser un message opposé à John Smith sur la troisième chaîne le 12 septembre à 15 heures »⁸⁰.

Or, si ces trois membres républicains de la FEC ne peuvent pas imposer de telles mesures, ils peuvent empêcher toute autre application de la loi électorale. La FEC est en effet l'une des seules agences de régulation composée d'un nombre pair de membres. En vertu de la loi, elle compte forcément autant de Républicains que de Démocrates⁸¹. Dès lors qu'un désaccord profond sépare actuellement les membres de la Commission au sujet de l'encadrement du financement des campagnes électorales, l'institution est bloquée (*deadlocked*). Ainsi, elle a été incapable d'annoncer, suite à l'arrêt *Citizens United*, comment elle entendait désormais appliquer la loi électorale⁸².

L'incapacité de la FEC à faire appliquer la loi existante est d'autant plus problématique que celle-ci semble être allégrement violée par ceux qui forment, en dehors des candidats et des partis, les principaux acteurs de la campagne. Les Super PACs et les sociétés 501(c) sont en effet censés être parfaitement indépendants des candidats. Là réside la justification de leurs libres dépenses. Comme l'expliquait déjà la Cour dans l'arrêt *Buckley*, le financement de messages non coordonnés avec le candidat ne donne pas lieu à un risque de corruption. Ces messages peuvent même se révéler

américaine sur certains thèmes ne laisse subsister guère de différence entre de tels messages et des communications strictement politiques. Comparer par exemple les sites du Super PAC *American Crossroads* (www.americancrossroads.org) et de l'organisation 501(c) *American Crossroads GPS* (www.crossroadsgps.org).

79 Cf. les explications données par les membres Républicains de la FEC (p. 5) : eqs.sdrdc.com/eqsdocsMUR/10044274536.pdf.

80 Cf. Richard HASEN, « The FEC is as Good as Dead: The New Republican Commissioners are Gutting Campaign Finance Law », *Slate*, 25 janvier 2011.

81 Trevor POTTER, « Super PACs: How We Got Here, Where We Need To Go », décembre 2011, http://www.clcblog.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444:super-pacs-how-we-got-here-where-we-need-to-go. En vertu de l'article 2 U.S.C. 437c, les six membres sont nommés par le Président avec l'accord du Sénat. Cette disposition prévoit en outre que la Commission ne peut compter plus de trois membres affiliés au même parti. Le bipartisme américain entraîne une répartition égale des sièges entre Démocrates et Républicains.

82 Cf. Cynthia BAUERLY et Eric HALLSTROM, « Square Pegs: The Challenges for Existing Federal Campaign Finance Disclosure Laws in the Age of the Super PAC », *op. cit.*, p. 358 s. La FEC a normalement pour habitude de signaler au public et aux acteurs concernés les modifications possibles de sa jurisprudence (*Notice of Proposed Rulemaking*).

contre-productifs et gêner le candidat soutenu⁸³. En revanche, une communication arrangée avec le candidat s'apparente à une contribution directe⁸⁴ : elle demeure interdite aux sociétés. Rappelons-le, les Super PACs ont pour appellation officielle « *comités de dépenses indépendantes seulement* ».

Or, cette interdiction de la « *communication coordonnée* » n'est nullement respectée en pratique, et la FEC acquiesce à tous les contournements. Les Super PACs et les sociétés 501(c) peuvent être, et sont souvent, composés d'anciens membres de l'équipe d'un candidat⁸⁵. En outre, la FEC a accepté que les candidats aident les Super PACs à lever des fonds et participent à des événements qu'ils organisent⁸⁶. Il existe donc en pratique des Super PACs officiels des candidats, *contradictio in terminis*. La FEC accepte même qu'un candidat figure dans une vidéo dont le contenu est établi avec son accord. Du moment qu'il ne déclare pas explicitement « Votez pour moi », ce message ne saurait être considéré comme une communication « coordonnée »⁸⁷. C'est ainsi que l'un des principaux Super PACs républicain, *American Crossroads*, n'a pas hésité à demander à la FEC s'il lui était permis de diffuser des publicités électorales « *pleinement coordonnées* » (*sic*) avec un candidat, sans enfreindre l'interdiction de la communication coordonnée telle que la conçoit la FEC⁸⁸. Cette demande a été ridiculisée par l'humoriste Stephen Colbert qui, au nom de son propre Super PAC⁸⁹, a fait officiellement part de ses observations à la FEC. Il explique partager pleinement l'opinion selon laquelle des messages « *pleinement coordonnés* » ne devraient pas être perçus comme des « *communications coordonnées* » : « *le candidat apparaîtrait simplement comme un porte-parole qui, de manière fortuite, se trouve être sur la même ligne que le candidat qu'il est également* »⁹⁰. En réponse à la demande de

⁸³ *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 46 s.

⁸⁴ 11 Code of Federal Regulations § 109.21(b). Le *Code of Federal Regulations* rassemble les règlements adoptés par les agences de régulation telle la FEC.

⁸⁵ Cf. Richard BRIFFAULT, « Updating Disclosure for the New Era of Independent Spending », *op. cit.*, p. 686. Cf. aussi Mike McINTIRE et Michael LUO, « Fine Line Between 'Super PACs' and Campaigns », *New York Times*, 25 février 2012, www.nytimes.com.

⁸⁶ Trevor POTTER, « Super PACs: How We Got Here, Where We Need To Go », *op. cit.* ; Sam GARRETT, « Seriously Funny : Understanding Campaign Finance Policy Through the Colbert Super Pac », *op. cit.*, p. 717.

⁸⁷ Cf. les explications de la FEC : www.fec.gov/law/cfr/ej_compilation/2010/notice2010-17.pdf. Dans les jours précédant une élection, il suffit que le message se réfère à un candidat clairement identifié.

⁸⁸ *Advisory Opinion Request*, n° 2011-23, p. 3, accessible à saos.nictusa.com/aodocs/1188794.pdf. Cf. Trevor POTTER, « Super PACs: How We Got Here, Where We Need To Go », *op. cit.* Une « *advisory opinion* » est un avis donné par la FEC qui indique comment elle entend appliquer le droit à un cas particulier. Cf. Sam GARRETT, « Seriously Funny : Understanding Campaign Finance Policy Through the Colbert Super Pac », *op. cit.*, p. 716, note 15.

⁸⁹ Cf. *supra*, note 72.

⁹⁰ Comment on AOR n° 2011-23, p. 2, accessible à saos.nictusa.com/aodocs/1189017.pdf.

American Crossroads, les trois membres Républicains de la FEC refusèrent de considérer que le message prévu formait une communication coordonnée⁹¹.

La paralysie de la FEC, institution bipartisane, démontre que l'encadrement du financement des campagnes électorales divise fortement les deux grandes formations politiques des États-Unis. L'arrêt *Citizens United* a apporté une grande victoire aux zéloteurs de la dérégulation, en libérant les dépenses des sociétés. Néanmoins la Cour, en rendant cette décision, insistait sur l'importance de la divulgation de l'origine des sommes dépensées. C'est cette exigence qui occupe désormais le centre du champ de bataille.

B. De vaines vellétés de réforme

Suite à l'arrêt *Citizens United*, la transparence est l'un des derniers outils à la disposition de ceux qui souhaitent régler les dépenses engagées lors d'une élection. Dès lors, les mécanismes de transparence sont attaqués par les partisans d'une dérégulation totale (1), tandis que leurs adversaires souhaitent renforcer le régime existant (2).

1. La lutte infructueuse contre l'exigence de divulguer les donateurs

Si elle est aujourd'hui en vogue, la transparence est également souvent combattue : les arguments en faveur de la protection de la vie privée ou du secret des sources journalistiques lui sont par exemple fréquemment opposés⁹². En matière de financements électoraux, certains assurent que l'obligation de dévoiler leurs sources entraîne une importante atteinte à la liberté d'expression des acteurs de la campagne. Craignant de voir leur identité révélée, les donateurs hésiteraient à dépenser de l'argent pour financer des messages électoraux. L'exigence de *disclosure* entraînerait un effet dissuasif (*chilling effect*), elle inhiberait l'expression des individus et des sociétés. L'anonymat peut donc parfois être une condition nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. Il dispose en outre, aux États-Unis, de certaines lettres de noblesse : comme on le sait, c'est sous pseudonyme que furent publiés les *Federalist Papers*, qui vantaient les mérites de la nouvelle Constitution aux

⁹¹ Advisory Opinion n° 2011-23, Statement of Vice Chair Caroline C. Hunter and Commissioners Donald F. McGahn and Matthew S. Pettersen, accessible à saos.nictusa.com/aodocs/1189732.pdf.

⁹² Frederick SCHAUER, « Transparency in Three Dimensions », *op. cit.*, p. 1342. Comme l'explique cet auteur, « le secret, la vie privée, l'anonymat et la confidentialité ont aussi leurs vertus, et nous comprenons tous pourquoi la transparence est davantage désirable pour les fenêtres de la véranda que pour la porte de la salle de bains ».

citoyens de l'État de New York⁹³ et sont aujourd'hui considérés comme un « *texte sacré de la fondation constitutionnelle américaine* »⁹⁴.

La Cour suprême n'a jamais nié que la divulgation des sources de financement formait une restriction à la liberté d'expression⁹⁵. Néanmoins, elle considère que cette exigence constitue une atteinte minimale et est justifiée par les objectifs qu'elle poursuit, notamment l'information des électeurs⁹⁶. En revanche, l'identité du donateur peut rester secrète lorsqu'elle ne revêt aucun intérêt pour les citoyens⁹⁷. La Cour a jugé qu'une loi qui interdisait catégoriquement les tracts anonymes était contraire à la Constitution : il est des situations où « *l'identification et la crainte de représailles sont susceptibles d'inhiber la discussion de sujets d'importance générale* »⁹⁸. En 1995, la Cour confirma que la crainte de représailles, ou même la seule préservation de la vie privée, pouvaient justifier la garantie de l'anonymat⁹⁹. De simples chuchotements qui accompagnent le partisan d'un candidat impopulaire dans une ville, de petites vexations quotidiennes peuvent suffire à neutraliser l'exigence de divulgation, dès lors que ces désagréments ne sont pas justifiés par l'intérêt d'informer les électeurs sur les soutiens des candidats¹⁰⁰. Cette exception à l'obligation de publication de l'origine des ressources dépend donc de la valeur de l'information mise à la disposition des citoyens. Autrement dit, l'identité des donateurs les plus modestes est moins digne de révélation que celle des quelques individus et des quelques multinationales qui introduisent des millions de Dollars dans la bataille électorale¹⁰¹. Même les partisans de la transparence la plus étendue considèrent ainsi que les seuils à partir desquels une dépense électorale doit être publiée mériteraient d'être

93 Ce glorieux précédent est mobilisé au sein d'une discussion de l'expression anonyme dans *Talley v. California*, cité, p. 65 ; *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995), Thomas conc., p. 343, note 6 ; Chesha BOUDIN, « Publius and the Petition: *Doe v. Reed* and the History of Anonymous Speech », *op. cit.*, p. 2153.

94 David MONGOIN, *Le Pari de la liberté. Étude sur Le Fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012, p. 9.

95 Cf. *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 64.

96 *Ibid.*, p. 68 ss. ; *McConnell v. FEC*, cité, p. 196 ; *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 372.

97 Pour une réflexion sur la relation entre la perception d'une expression et l'identification de son auteur, cf. F. SCHAUER, « Anonymity and Authority », 27 *Journal of Law & Politics* 597 (2012), p. 603 ss.

98 *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960), p. 65.

99 *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995), p. 342.

100 Cf. Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 566.

101 Une étude fondée sur les documents publiés par la FEC montre que lors des élections de 2012, 60 % de l'argent versé aux Super PACs provenait des 132 donateurs ayant versé plus d'un million de Dollars ; et 98 % provenait des donateurs ayant versé plus de 10 000 dollars. Demos, *Election Spending 2012*, *op. cit.*

relevés¹⁰². Seules quelques voix isolées s'efforcent de s'engouffrer dans cette brèche pour garantir l'anonymat à toutes les sociétés, ne voulant percevoir aucune différence entre la valeur informative de l'identité d'un simple particulier et d'une multinationale¹⁰³.

Lorsque l'information est digne d'intérêt pour les électeurs, la Cour considère que seule la preuve d'un risque sérieux de représailles, de menaces ou de harcèlement peut conduire à une exemption de l'obligation de publication de l'origine des revenus¹⁰⁴. Elle a ainsi permis à un petit parti politique de bénéficier de cette exception, car il avait démontré la « probabilité raisonnable » de ce danger¹⁰⁵. D'autres décisions ont été rendues dans le contexte de la lutte des Noirs américains pour l'obtention de droits égaux. Ainsi, dans l'arrêt *NAACP v. Patterson*¹⁰⁶, la Cour a considéré que la *National Association for the Advancement of Colored People* ne pouvait être contrainte à révéler l'identité et l'adresse de ses membres dans un État. En effet, elle était parvenue à montrer qu'une telle divulgation avait, dans le passé, soumis ses membres à des représailles économiques, à des menaces et à d'autres formes d'hostilité. Dès lors, la divulgation pouvait conduire la NAACP à perdre ses membres, et s'analysait donc comme une atteinte à la liberté d'association¹⁰⁷. Seul un intérêt particulièrement important aurait pu justifier une telle mesure, et tel n'était pas le cas en l'espèce¹⁰⁸.

L'attaque actuellement dirigée contre les obligations de divulgation se fonde largement sur cette jurisprudence, et affirme que la transparence des versements effectués risque d'entraîner le harcèlement des donateurs¹⁰⁹. Pour

102 Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 567 ; Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », *op. cit.*, p. 1000 ss. Pour les montants de ces seuils, cf. *supra*, note 58.

103 Cf. James BOPP et Jared HAYNIE, « The Tyranny of 'Reform and Transparency': A Plea to the Supreme Court to Revisit and Overturn *Citizens United*'s 'Disclaimer and Disclosure' Holding », 16 *Nexus: Chapman's Journal of Law & Policy* 3 (2011), p. 29. De même, le supposé découragement qui découlerait de la complexité des formalités de divulgation à la FEC d'une dépense électorale (cf. *ibid.*, p. 24 ss.) revêt davantage de pertinence au sujet d'un individu isolé qu'à l'égard d'une grande société équipée d'un service juridique.

104 *Buckley v. Valeo*, *op. cit.*, p. 74 ; *McConnell v. FEC*, *op. cit.*, p. 198 ; *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, p. 371 s.

105 *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Committee*, 459 U.S. 87 (1982), p. 98 ss.

106 357 U.S. 449 (1958).

107 *Ibid.*, p. 462 s.

108 Cf., dans le même sens, *Bates v. Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960).

109 Cf. par exemple James BOPP et Jared HAYNIE, « The Tyranny of 'Reform and Transparency': A Plea to the Supreme Court to Revisit and Overturn *Citizens United*'s 'Disclaimer and Disclosure' Holding », *op. cit.*, p. 21 ss. Selon James Bopp, cité par Richard HASEN, « Chill Out: A Qualified Defense of Campaign finance Disclosure Laws in the Internet Age », *op. cit.*, p. 563 : « Hier, les noirs, les homosexuels et les gauchistes étaient harcelés ; aujourd'hui, c'est au tour des chrétiens et des conservateurs ».

cette raison, le juge Thomas, seul membre de la Cour suprême opposé à la révélation des dépenses électorales, assure que cette exigence dissuade bel et bien les individus et les sociétés de financer des messages politiques, et donc de s'exprimer¹¹⁰. Évidemment, l'existence d'une « probabilité raisonnable » de représailles est une question empirique. Dans un arrêt rendu peu de temps après *Citizens United*, la Cour suprême s'est prononcée sur une affaire qui illustre le degré de preuve exigé. Des signataires d'une pétition hostile au mariage homosexuel s'opposaient devant les tribunaux à la divulgation de leurs identités¹¹¹. La Cour confirma la constitutionnalité de cette publication, justifiée par la préservation de « l'intégrité du processus électoral »¹¹², et renvoya l'affaire aux juges du fond afin qu'ils déterminent si l'exception de harcèlement était applicable en l'espèce. En octobre 2011, la cour de renvoi a jugé que les noms pouvaient être publiés : aucune preuve suffisante de menaces ou de harcèlement n'avait été apportée. L'exposé de quelques incidents isolés ne saurait s'opposer à la règle de transparence¹¹³.

Le bénéfice de cette exception semble donc devoir demeurer l'apanage de situations exceptionnelles, où un risque sérieux de représailles peut être établi de manière suffisamment certaine. En outre, lorsque les sociétés sont concernées, la principale forme de représailles imaginable ne semble pas susceptible d'ouvrir le bénéfice de l'anonymat. Le boycott économique, en effet, est un comportement protégé par le premier amendement¹¹⁴, qui peut donc difficilement justifier le secret des financements électoraux. De la même manière que les dépenses engagées par les sociétés pour diffuser des messages politiques relèvent de la liberté d'expression, le boycott organisé par leurs opposants politique constitue un exercice de ce droit. Le seul risque d'un boycott pacifique ne devrait donc pas entraîner d'exception à l'obligation de divulgation.

Les efforts des adversaires de la transparence des dépenses électorales semblent donc peu susceptibles de convaincre la Cour suprême. La haute juridiction ne paraît percevoir aucun problème de constitutionnalité capable de s'opposer au devoir de révéler les principales sources de financement

110 *Citizens United v. FEC*, *op. cit.*, Thomas conc. et diss., p. 488 s.

111 *Doe v. Reed*, 561 U.S. __ (2010). Cf. Thomas HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2008-juin 2010) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 85, 2011, p. 91.

112 L'État de Washington prévoit un référendum d'initiative populaire qui nécessite une pétition regroupant 4 % de l'électorat. La publication des noms des signataires permet donc d'éviter les fraudes et les erreurs.

113 United States District Court, Western District of Washington, *Doe v. Reed*, 17 octobre 2011, p. 32 s., accessible à http://seattletimes.com/html/localnews/2016528605_signatures18m.html.

114 *NAACP v. Claiborne Hardware*, 458 U.S. 886 (1982), p. 911. Cf., de manière générale, Elian DASHEV, « Economic Boycotts as Harassment: The Threat to First Amendment Protected Speech in the Aftermath of *Doe v. Reed* », *op. cit.*, p. 210 ss.

des messages électoraux. Néanmoins, les partisans de cette exigence ne parviennent pas à corriger les défauts dont souffre sa concrétisation.

2. Le renforcement avorté des règles de transparence

Les partisans d'une plus grande transparence ont introduit des propositions de loi dans le but de conférer une efficacité accrue au système actuel. Le *DISCLOSE Act*¹¹⁵ fut déposé devant la Chambre des représentants en avril 2010, quelques mois après l'arrêt *Citizens United*. Il prévoyait de soumettre les organisations 501(c) à l'obligation de révéler leurs donateurs, dès lors qu'elles finançaient des messages électoraux. Le don d'argent à un Super PAC était analysé comme une dépense électorale, entraînant l'application des règles de divulgation. En outre, afin de mettre un terme à la jurisprudence neutralisante de la FEC, une personne ou une organisation devait être considérée comme ayant effectué un don dans l'intention de financer un message électoral, si elle savait ou aurait dû savoir que le destinataire du don avait l'intention de procéder à de telles dépenses¹¹⁶. Par ailleurs, afin d'éviter que le recours à des organisations-écran prive de son intérêt l'exigence du *disclaimer*, le *DISCLOSE Act* ordonnait la publication, dans toute publicité politique financée par une organisation, de l'identité de ses cinq plus grands soutiens financiers¹¹⁷.

Approuvée par la Chambre des représentants, la proposition semblait disposer d'une majorité au Sénat. Néanmoins, elle fut rejetée en vertu d'une disposition du règlement de cette chambre, qui permet à quarante et un sénateurs de s'opposer à l'adoption d'une loi. Une nouvelle tentative à la teneur similaire, le *DISCLOSE Act* of 2012, connut le même sort¹¹⁸. Cette règle de procédure, popularisée par le film *Mr. Smith Goes to Washington*¹¹⁹, permet aux sénateurs de s'opposer à la clôture des débats sur un texte, préalable nécessaire au vote. En vertu du 22^e article du règlement du Sénat, cette obstruction appelée *filibuster* ne peut céder que face à une motion de clôture qui nécessite le vote de soixante sénateurs. Il suffit donc à quarante et un

115 « *DISCLOSE* » correspond à « *Democracy Is Strengthened by Casting Light On Spending in Elections* » (la démocratie est renforcée par la mise au jour des dépenses électorales). Le Parlement américain apprécie beaucoup les acronymes législatifs, comme l'illustre le *USA PATRIOT Act* (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*) ou encore le *PROTECT Act* (*Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today*).

116 *DISCLOSE Act*, Section 211. Selon la proposition de loi, si l'une des deux personnes, le donateur ou le donataire, avait réalisé dans les deux années précédentes des dépenses électorales d'un montant supérieur à 50 000 \$, le but de financer un message électoral était présumé, et ne pouvait être écarté qu'en présence d'un accord contraire explicite.

117 *DISCLOSE Act*, Section 214.

118 Richard BRIFFAULT, « Two Challenges for Campaign Finance Disclosure after *Citizens United* and *Doe v. Reed* », *op. cit.*, p. 986.

119 Frank CAPRA, 1939.

sénateur de s'y opposer pour repousser *sine die* le vote de la proposition. Une seule voie fit défaut pour procéder au vote du premier *DISCLOSE Act*.

Le *filibuster* est un instrument fréquemment employé au Sénat, tant par les républicains que par les démocrates, et qui fait également l'objet d'importantes critiques de la part des deux camps comme de la part des universitaires¹²⁰. Son utilisation caractérise surtout les sujets brûlants du débat politique américain (*hot-button issues*), dont font indéniablement partie le financement des campagnes électorales en général, et la révélation de l'identité des donateurs en particulier. Un consensus « bipartisan » serait nécessaire pour modifier l'organisation juridique de la transparence. Il est loin d'exister aujourd'hui aux États-Unis¹²¹.

120 Cf. Gregory J. WAWRO et Eric SCHICKLER, *Filibuster, Obstruction and Lawmaking in the U.S. Senate*, Princeton University Press, 2006, p. XI ; Gerard MACLIOCCA, « Reforming the Filibuster », 105 *Northwestern University Law Review* 303 (2011).

121 Il est néanmoins peut-être possible à une majorité de passer outre l'absence de consensus. En vertu de l'article 22 du règlement du Sénat, une modification de ces règles nécessite l'accord de deux tiers des membres. Certains juristes américains affirment cependant que le nouveau Sénat formé suite à une élection n'est pas tenu par l'ancien règlement, et qu'il lui est donc permis de modifier la procédure du *filibuster* à la majorité simple. Voir la lettre adressée en décembre 2012 au Sénat par plusieurs professeurs de droit, accessible à www.tomudall.senate.gov/files/documents/ScholarsLettertoSenate.pdf.

Transparence et démocratie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

Aurore GAILLET

« *L*e Bundestag est invité à inscrire le principe de transparence (Transparenzgebot) dans la Loi fondamentale. ». Tel est l'objet d'une pétition soumise au Parlement allemand en 2010¹, soulignant, dans ses motifs, le lien intrinsèque entre le bon fonctionnement de la démocratie d'une part, la connaissance et le suivi, par les citoyens, des décisions prises par les pouvoirs publics d'autre part. Concept opposé à l'opacité ou à la complexité, la transparence peut se voir prêter la « valeur d'un mythe porteur de transformations, parce qu'elle répond à des aspirations profondes des peuples, des groupes ou des individus »². Elle devient surtout un enjeu politique majeur dès lors qu'elle est associée au lien de confiance entre le citoyen et ses représentants, lien au cœur du processus de légitimation démocratique. Dans un célèbre arrêt du 18 juin 1975 relatif à la loi sur les indemnités

137

1 « Der Deutsche Bundestag möge beschließen, ein Transparenzgebot ins Grundgesetz aufzunehmen ». <http://www.utopia.de/gruppen/aktionen-und-petitionen-357/diskussion/transparenzgebot-ins-grundgesetz-191479>.

Pétition soumise par une fondation allemande qui promeut notamment le développement durable et se fait parfois le relais des initiatives prises par le parti des Pirates. Ce parti politique est particulièrement actif en Allemagne – créé en 2006 et actuellement représenté dans quatre parlements régionaux allemands. Son programme est principalement axé sur la protection des libertés numériques, la réforme de la propriété intellectuelle et la transparence des gouvernements (voir son programme sous : <http://wiki.piratenpartei.de/Parteiprogramm#Pr>).

2 Joël RIDEAU, « Propos introductif », in Joël RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne*, LGDJ, 1999, 276 p.

parlementaires (*Diätenurteil*), la Cour constitutionnelle de Karlsruhe souligne ainsi que « *le principe démocratique et de l'État de droit [...] exige que l'ensemble du processus de formation de la volonté [politique] soit prévisible pour le citoyen et que le résultat puisse être arrêté sous les yeux du public. C'est la seule manière d'assurer un contrôle efficace. La démocratie parlementaire est fondée sur la confiance du peuple ; sans la transparence, qui permet le suivi de l'action politique, il n'y a pas de confiance possible* »³.

On peut bien évidemment considérer que la multiplication des règles relatives à la transparence marque au contraire la perte de confiance dans la démocratie, qui ne se suffit alors plus à elle-même. Et les règles édictées à la suite de scandales de corruption politique ne font que confirmer ce constat⁴. Reste qu'une vision plus optimiste conduit à considérer qu'à plus long terme, de même que la transparence des marchés contribue à préserver la confiance des acteurs économiques⁵, la transparence de l'action publique tend à renforcer la démocratie. Seul un citoyen informé est en effet en mesure de contrôler et d'accompagner de manière critique les décisions politiques – et d'en tirer éventuellement les conséquences par un vote sanction. Dans la lignée des enseignements kantien, Jürgen Habermas souligne à cet égard l'importance fondamentale des principes de publicité et de discussion dans le cadre d'une démocratie représentative, qui se doit d'être délibérative.

Dans ce contexte, comment expliquer que la pétition précitée visant à inscrire la notion de transparence dans le texte constitutionnel allemand n'ait pas connu davantage de succès ? Après avoir constaté que seules 1 471 signatures avaient été rassemblées, le *Bundestag* a simplement clôturé la procédure le 9 février 2012. Ce n'est toutefois que pour mieux relever qu'une telle consécration expresse s'avère peu opportune, dès lors que le concept s'épanouit d'ores et déjà à partir de nombreuses autres dispositions constitutionnelles. En outre, plus qu'à la lettre de la Loi fondamentale, une attention toute particulière doit être accordée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale.

3 BVerfGE 40, 296 (327) : « [...] *verlangt aber das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip [...], daß der gesamte Willensbildungsprozeß für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies ist die einzige wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes ; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.* »

4 Voir la décision du Parlement européen du 1^{er} décembre 2011 modifiant le règlement portant code de conduite des députés en matière d'intérêts financiers et de conflits d'intérêts [2011/2174(REG)], notamment adoptée à la suite du scandale suscité par l'affaire des faux lobbyistes, parvenus à convaincre trois parlementaires de déposer des amendements contre le versement d'une somme d'argent.

5 Pour une comparaison classique de la politique et des marchés : Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie* [1942], rééd., Payot, 1990.

Celle-ci n'a en effet pas manqué de s'emparer de la notion de transparence pour lui conférer une large portée, aux dimensions multiples.

Une première dimension est liée aux impératifs, désormais classiques, de clarté et de précision, d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, lesquels trouvent leur fondement dans le principe de l'État de droit⁶.

Une application spécifique de ces principes a récemment été mise en avant dans le cadre de la considérable promotion des droits fondamentaux insufflée par la Cour. La dialectique complexe qui se noue parfois entre transparence et secret a ainsi pu trouver une belle illustration en matière de droit à la protection des données personnelles. Dans son souci d'encadrer le risque croissant d'omnisurveillance des individus, et alors que l'explosion de l'usage de l'informatique contribue parfois à l'opacité du pouvoir⁷, la Cour a développé une jurisprudence particulièrement riche en la matière. D'une part, la protection de la sphère privée est garantie, au-delà même des domaines classiques que sont le secret de la correspondance et des télécommunications (article 10 de la Loi fondamentale – ci-après LF) ou encore l'inviolabilité du domicile (art. 13 LF). Le droit général au respect de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), déduit de l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale (droit de chacun au développement de sa personnalité) combiné avec l'article 1 al. 1 (protection de la dignité de la personne humaine), emporte en effet le droit de conserver la maîtrise de ses données personnelles (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)⁸ et, depuis peu, le droit à la confidentialité et à la sincérité des systèmes électroniques d'information (*Recht auf Gewährung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer*

6 La Cour énonce ainsi un « impératif de clarté des normes conforme à l'État de droit » (*rechtsstaatliche[s] Gebot der Normenklarheit*). Voir notamment la décision du 22 juin 1977, BVerfGE 45, 400 [420]. Notons que le principe d'État de droit est expressément mentionné à l'article 28 LF, mais découle surtout « de la perspective formée par l'ensemble des dispositions des articles 20 al. 3 sur la soumission de chacun des pouvoirs [à l'ordre constitutionnel], 1 al. 3, 19 al. 4, 28 al. 1 phrase 1 ainsi que de la conception globale de la Loi fondamentale » (Décision du 1^{er} juillet 1953, BVerfGE 2, 380 [403]).

Pour la France, on peut se reporter au dossier en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/transjuridique.pdf.

La question de la transparence en matière administrative ne sera pas abordée ici, débordant le cadre de notre analyse. Elle n'en est pas moins essentielle en droit public allemand. Voir par exemple la loi réglementant l'accès aux informations de la Fédération (*Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 – loi qui consacre le droit d'accès aux documents administratifs au niveau fédéral. Pour une étude comparative : Tobias BRÄUTIGAM, « Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 950-957. Pour une étude d'ensemble : Stéphanie DAGRON, « La théorie juridique allemande de la légitimité démocratique de l'administration », *Revue européenne de droit public*, t. 18, n° 4, 2006, p. 1279-1309.

7 Voir dans ce sens : Norberto BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, Seuil, 2007, p. 107-133, cité par Stéphane PIERRE-CAPS, « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *RDP*, 2009, n° 1, p. 151s.

8 Arrêt du 15 décembre 1983 (BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*).

Systeme)⁹. D'autre part, ces droits ne sont cependant pas sans limite. Et c'est ici que se conjuguent secret et transparence. Seules sont en effet acceptables les ingérences strictement prévues par la loi, énoncées avec clarté et précision et respectant les exigences du principe de proportionnalité. Dans un arrêt rendu le 2 mars 2010¹⁰, la Cour de Karlsruhe a directement rattaché de telles garanties procédurales au concept de transparence. En l'espèce, si le principe même de l'obligation de stockage, pendant un délai de six mois, des données traitées par les fournisseurs de communications électroniques¹¹ n'est pas jugé contraire à la Constitution, il n'en va pas de même des modalités d'aménagement prévues par le législateur allemand : « *l'ingérence résidant dans une telle conservation [des données] n'est [en effet] proportionnelle [...] que si des règles suffisamment exigeantes et clairement formulées sont édictées à ce sujet* » (cons. 220)¹². En ce qui concerne les « *exigences relatives à la transparence* », « *l'utilisation des données doit s'effectuer de la manière la plus ouverte possible* » (cons. 240) et, le cas échéant, la personne concernée doit en être informée ultérieurement ou, à défaut et dans des cas exceptionnels, sous réserve d'une décision judiciaire¹³.

Au-delà de ces précisions, principalement articulées autour du principe de l'État de droit et de la protection des droits fondamentaux, la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe relative au principe de transparence est par ailleurs de plus en plus fréquemment associée au principe démocratique. Toute la question est alors de déterminer dans quelle mesure le juge constitutionnel allemand s'approprie la notion et lui confère ce faisant une portée juridique, dépassant le seul discours politique. La quête d'un bon fonctionnement de la démocratie peut-elle emporter la consécration d'un droit à la

- ⁹ Arrêt du 27 février 2008 (BVerfGE 120, 274 – *Online Durchsuchungen*, BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07). Sur cet arrêt : Michel FROMONT, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *RDP*, 2009, n° 6, p. 1721s. ; Stéphanie DAGRON, « Chronique Allemagne », *AJJC* 2008.
- ¹⁰ Arrêt du 2 mars 2010 (BVerfGE, 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*, BVerfG 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08) : http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html.
Sur cet arrêt : Céline FERCOT, « Chronique Allemagne », *AJJC* 2010, p. 499s. ; Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2010 », *RDP*, 2011, p. 1055 s.
- ¹¹ Loi du 21 février 2007 portant réglementation nouvelle de la surveillance des télécommunications et d'autres formes d'enquête secrète et transposant la directive 2006/24/CE, directive européenne elle-même adoptée dans le cadre d'une politique de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée.
- ¹² « *Nur wenn diesbezüglich hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen getroffen sind, ist der in einer solchen Speicherung liegende Eingriff verhältnismäßig [...].* »
- ¹³ « *Soweit möglich muss die Verwendung der Daten offen erfolgen. Ansonsten bedarf es grundsätzlich zumindest nachträglich einer Benachrichtigung der Betroffenen. Unterbleibt ausnahmsweise auch diese, bedarf die Nichtbenachrichtigung einer richterlichen Entscheidung.* » (cons. 240). En l'espèce, la loi ne satisfait pas à ces exigences de transparence puisqu'elle permet que des données soient communiquées sans que l'intéressé en soit informé (cons. 280).

transparence ? Dans l'affirmative, quels en sont les contours ? Corrélativement, il s'agit de comprendre dans quelle mesure la jurisprudence constitutionnelle contribue à judiciariser des sujets politiquement sensibles. Et à ce titre, qu'il s'agisse de questions afférentes à la transparence du financement de la vie politique ou aux évolutions de la construction européenne, la jurisprudence de la Cour allemande alimente inmanquablement la discussion relative à son rôle politique. En septembre 2012, le quotidien *Süddeutsche Zeitung* présentait ainsi l'arrêt relatif aux nouveaux mécanismes européens anticrise comme incarnant « *les dernières bribes d'espoir de démocratie* » (*Resthoffnung auf Demokratie*)¹⁴, soulignant de la sorte l'attente considérable à l'égard de la juridiction constitutionnelle – attente émanant des citoyens allemands¹⁵ comme des gouvernants et marchés européens.

Avant de franchir le Rhin pour s'efforcer de comprendre ces données majeures du débat politico-juridique allemand, force est tout d'abord de constater que la jurisprudence constitutionnelle française relative au principe de transparence demeure comparativement bien limitée. Qu'il soit juge constitutionnel ou juge de l'élection, le Conseil constitutionnel évoque surtout la notion en lien avec les dispositions de la loi modifiée n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique¹⁶. Dans sa récente décision *M^{me} Marine Le Pen* du 21 février 2012¹⁷, il a par

14 Chronique datée du 8 septembre 2012 : <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/euro-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-resthoffnung-auf-demokratie-1.1462452>. Soulignons ici le large relais que trouve la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe dans les journaux allemands, relativement inédit pour l'observateur français. Celui-ci serait en effet bien en peine de suivre avec précision la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans les médias – malgré une certaine évolution en la matière.

15 L'article se réfère également aux résultats d'une récente étude publiée par l'Institut de sondages d'opinion Allensbach, étude selon laquelle la Cour de Karlsruhe est créditée d'un taux de confiance de 75 %, contre 39 % pour le *Bundestag* – ce qui s'avère du reste intéressant du point de vue de la légitimité démocratique des institutions. 68 % des personnes interrogées approuveraient par ailleurs le rôle de la Cour dans le cadre de la crise de l'euro (contre 17 % d'opinions défavorables).

16 Loi récemment modifiée par la *Loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique* (n° 2011-412 du 14 avril 2011). Voir aussi la jurisprudence afférente à la loi du 15 janvier 1990, *relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, complétée et modifiée par celle du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*.

17 Décision n° 2012-233 QPC du 21 février 2012, *M^{me} Marine Le Pen* (*Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle*). Pour un commentaire, voir par exemple Philippe CHRESTIA, « Transparence et (est ?) démocratie », *AJDA* 2012 p. 841. Dans cette décision attendue, rendue peu avant l'ouverture de la campagne officielle pour les élections présidentielles de 2012, le Conseil a considéré que la publicité « *des choix de présentation des candidats à l'élection présidentielle par les citoyens élus habilités* » traduisait la volonté du législateur d'assurer la transparence de l'élection. Partant, il a estimé que cette « *transparence [...] ne saurait en elle-même méconnaître le principe du pluralisme des courants d'idées* » (cons. 8), consacré par le nouvel alinéa de l'article 4 de la Constitution, issu de la révision du 23 juillet 2008. On peut relever à ce sujet que le rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique (« rapport Jospin »), rendu le 9 novembre 2012, se prononce en la matière pour un parrainage citoyen, lequel

ailleurs réaffirmé le lien étroit existant entre « *l'objectif de transparence* »¹⁸ et le principe de pluralisme, condition de la démocratie, consacré par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (art. 4 al. 3). Sans doute, ainsi que l'atteste cette dernière décision, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité amènera-t-elle le juge français à affiner sa jurisprudence en la matière : si la procédure demeure principalement abstraite, les litiges qui en sont à l'origine sont bien des litiges concrets, impliquant un renforcement de la « *saisie par le droit* » de la politique¹⁹. La richesse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande s'avère toutefois sans commune mesure avec celle du Conseil constitutionnel – et il est assez significatif de constater que le riche programme du colloque sur « *La transparence en politique* », dans lequel la présente étude s'insère, ne consacre aucune contribution à la présentation de la jurisprudence française.

La diversité des traditions juridiques et politiques en est certainement une première clé d'explication²⁰. Plus encore, le dynamisme jurisprudentiel dont fait preuve la Cour de Karlsruhe se fonde sur sa forte légitimité. Recueillant un héritage ancien de confiance dans le juge en Allemagne, elle a pu s'affirmer très tôt tout à la fois comme un « *organe constitutionnel* » (*Verfassungsorgan*)²¹ et comme un juge constitutionnel à même de traduire et de résoudre des conflits politiques en des termes juridiques. Cet activisme est de surcroît rendu possible par les divers modes de saisine et compétences de la Cour²². La présente analyse conduira à constater à quel point les principales procédures – recours constitutionnels (*Verfassungsbeschwerde*), demandes de

« *se rapprocherait davantage de l'expression d'un suffrage et devrait par conséquent revêtir le caractère secret du vote* » (Proposition n° 1).

- 18** Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.
- 19** Louis FAVOREU, *La Politique saisie par le droit. Alternances, cohabitations et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.
- 20** Voir par exemple dans ce sens, l'opinion minoritaire des juges Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff et Landau sur la décision du 4 juillet 2007, BVerfGE 118, 277 (398) – *Abgeordnetengesetz*, décision commentée ci-dessous.
- 21** « *Mémoire de la Cour constitutionnelle fédérale relatif à la position de la Cour constitutionnelle fédérale, adressé au Président fédéral, aux présidents du Bundestag et du Bundesrat, ainsi qu'au Gouvernement fédéral* », 27 juin 1952 (*Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts : Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung*). Mémoire publié le 19 janvier 1953 in *Juristenzeitung*, 5 (1953), p. 157s. Publié également in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge, 6 (1957), p. 144-148. Cette autoproclamation est très fréquemment citée dans les études soulignant l'important pouvoir politique de la Cour de Karlsruhe.
- 22** Voir par exemple la présentation proposée par Michel FROMONT, in *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 15, janvier 2004 ; et plus récemment : Constance GREWE, « *Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français* », *Pouvoirs*, 2, 2011, p. 143-154. Pour une étude approfondie : Olivier JOOP, *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, thèse de doctorat, Paris I, 2006, 672 p.

contrôles abstrait ou concret (*abstrakte / konkrete Normenkontrolle*), litiges entre organes (*Organstreitigkeiten*) – sont de moins en moins spécifiques dans leur objet, associant souvent des fonctions objectives et subjectives²³.

L'ampleur de la jurisprudence développée à partir de multiples contentieux proscrit bien évidemment toute exhaustivité. L'idée fondamentale selon laquelle « *la légitimation démocratique exigée par la Constitution suppose une chaîne de légitimité ininterrompue allant du peuple aux organes et titulaires de fonctions étatiques* »²⁴ permet cependant de guider l'analyse. Si l'on garde à l'esprit la centralité du *Bundestag*, seul organe revêtu d'une légitimité directe dans le système parlementaire allemand²⁵, la jurisprudence peut être analysée dans deux directions. D'une part, s'intéressant aux rapports entre le peuple et son premier représentant, la Cour constitutionnelle fédérale s'est penchée sur les conditions d'une véritable représentation transparente au *Bundestag* (I). D'autre part, approfondissant son raisonnement relatif à la chaîne de légitimité démocratique, elle s'est attachée à préciser les conditions d'une prise de décision éclairée et démocratique par un renforcement des droits du parlement lui-même, celui-ci devenant alors « *l'avocat de la transparence* »²⁶ face au pouvoir exécutif (II).

I. LES CONDITIONS D'UNE REPRÉSENTATION TRANSPARENTE AU *BUNDESTAG*

Le régime parlementaire de la République fédérale allemande étant essentiellement représentatif²⁷, la Cour de Karlsruhe est amenée en premier lieu à préciser certaines conditions de la mise en forme de la souveraineté

23 Sur la fonction objective du recours individuel, voir notamment : Nikolaus MARSCH, « Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 137, 2012, p. 592-624.

24 Décision du 15 février 1978 (BVerfGE 47, 253 (275) – *Gemeindeparlamente*) : « *Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.* »

25 Certains développements du présent article concerneront également le *Bundesrat*, qui se définit lui-même comme étant à la fois la « chambre fédérale des États » (*Bundeskammer der Länder*) et la « chambre des États de la Fédération » (*Länderkammer des Bundes*). Pour autant, l'accent est principalement mis sur le *Bundestag*, seul concerné par la jurisprudence de la Cour étudiée ici : nonobstant la remise en cause de la qualification de « seconde chambre » par la Cour constitutionnelle fédérale (Décision du 25 juin 1974 (BVerfGE 37, 363 – *Bundesrat*)), rappelons en effet que cet organe fédéral est composé des représentants des *exécutifs* des collectivités fédérées.

26 Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union*, Mohr Siebeck, 2004, p. 134 (« *Anwalt der Öffentlichkeit* »).

27 Notons du reste que le caractère *a priori* positif que présente la démocratie directe en matière de transparence peut s'avérer trompeur dans la mesure où les procédures de consultations populaires sont parfois moins organisées que le processus institutionnalisé et encadré de la démocratie

populaire par le *Bundestag*. Il s'agit ce faisant d'accompagner le processus démocratique de formation de la volonté politique par une opinion publique informée : plus le citoyen a le sentiment que ses représentants sont élus selon un processus électoral transparent (A) et que, une fois élus, ceux-ci œuvrent en faveur de l'intérêt le plus général possible – ce qui emporte des exigences accrues sur la transparence du financement de la vie politique – (B), selon une procédure publique (C), plus le lien de confiance au cœur de la légitimation démocratique peut être renforcé.

A. Transparence et processus électoral : le fait de « voter en appuyant sur un bouton [constitue-t-il une procédure] opaque ? »²⁸

Dans le cadre de la démocratie représentative, la voix exprimée par l'électeur constitue l'élément premier de la formation de la volonté. Partant, la vigilance de la Cour constitutionnelle fédérale quant aux conditions d'exercice du droit de suffrage se comprend aisément. L'évolution des techniques de vote lui a récemment donné l'occasion de s'emparer de la question, déclarant, dans un arrêt rendu le 3 mars 2009, l'inconstitutionnalité d'un règlement précisant les modalités du vote électronique²⁹.

Lors des élections législatives du 18 septembre 2005, près de deux millions d'électeurs, soit quelques 5 % du corps électoral, ont en effet été appelés à voter par voie électronique, afin de « faciliter le vote et le décompte des voix »³⁰. Mettant en avant le caractère peu fiable et opaque de ce procédé – et demandant l'annulation des élections dans les circonscriptions des cinq *Länder* concernés – deux « recours électoraux » (*Wahlprüfungsbeschwerde*) ont été introduits devant le *Bundestag*, qui demeure juge de première instance

représentative. Voir dans ce sens, Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union, op. cit.*, p. 49.

28 Ainsi s'interroge le *Süddeutsche Zeitung* dans l'un des quatre articles parus le jour de la décision du 3 mars 2009 ici commentée (« Ist die Wahl per Knopfdruck intransparent ? »). <http://www.sueddeutsche.de/politik/bundesverfassungsgericht-wahlcomputern-droht-das-aus-1.470058>.

29 BVerfGE 123, 39 – *Wahlcomputer*, BVerfG 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html.

Voir en français : Stéphanie DAGRON, Céline FERCOT et Xavier VOLMERANGE, « Chronique Allemagne », *AJFC* 2010, p. 489-510 ; Thierry RAMBAUD, « Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA* 2009, p. 580s. En allemand, voir par exemple : Martin WILL, « Wahlcomputer und der verfassungsrechtliche Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl », *NVwZ* 2009, p. 700s.

30 § 35 du Code électoral fédéral (*Bundeswahlgesetz*) alors en vigueur (« Zur Erleichterung der Abgabe und Zählung der Stimmen können anstelle von Stimmzetteln und Wahlurnen Wahlgeräte benutzt werden. »).

de l'élection des députés allemands (art. 41 al. 1 LF), puis devant la Cour constitutionnelle fédérale³¹. Selon cette dernière, « *l'emploi de machines de vote électronique est en particulier à examiner à l'aune du caractère public du scrutin* » (*Öffentlichkeit der Wahl*). Ce principe non écrit du droit électoral résulte d'une lecture combinée des articles 38 et 20 al. 1 et 2 LF (cons. 105)³², et est, ce faisant, associé aux principes démocratiques et de l'État de droit. Il est dès lors « *placé au service de la transparence et du contrôle de l'exercice du pouvoir étatique* »³³, deux exigences intrinsèquement liées. Selon la première, seule une élection se déroulant « *sous les yeux du public* » (*vor den Augen der Öffentlichkeit* – cons. 108) est en mesure de préserver la nécessaire confiance du citoyen dans les opérations électorales. Selon la seconde, « *toutes les étapes essentielles d'une élection [doivent pouvoir] être contrôlées* »³⁴ par l'électeur sans que celui-ci « *ait besoin de disposer de connaissances techniques particulières* »³⁵.

Partant, si le principe même du recours au vote électronique n'est pas jugé contraire aux exigences de la Loi fondamentale, tel est bien le cas du règlement précisant ses modalités de mise en œuvre, dès lors qu'il ne prévoit pas les garanties suffisantes à même de prévenir le risque accru d'erreurs et de manipulations, une partie du processus échappant au contrôle de l'électeur (cons. 143s.). Sans doute la Cour n'en annule-t-elle pas pour autant les élections législatives contestées – aucune fraude avérée n'est constatée et la prévalence de la stabilité politique sur les risques liés au vote électronique est mise en avant. Reste que les exigences posées par les juges constitutionnels pour garantir la constitutionnalité de la substitution des machines à voter aux urnes retirent pratiquement tout intérêt à cette technique³⁶. À l'heure

31 Article 41 al. 2 LF : « *Le recours devant la Cour constitutionnelle fédérale est ouvert contre la décision du Bundestag.* » Disposition précisée par les paragraphes 13 n° 3 et 48 de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfGG*) du 12 mars 1951. Selon cette dernière, les recours peuvent notamment être introduits par les électeurs (*wahlberechtigte Personen*) arguant d'une violation de leurs droits (*Rechte*).

32 Considérant 68 : « *Der Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten ist insbesondere am Maßstab der Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) zu prüfen.* »

Article 38 [Élections] : « (1) *Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience* » ; Article 20 : « (1) *La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social. (2) Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.* »

33 Considérant 69 : « *Rechtsstaatlich begründete Öffentlichkeit dient der Transparenz und Kontrollierbarkeit staatlicher Machtausübung.* »

34 Considérant 70 : « [...] *gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen [...].* »

35 Considérant 69 : « *ohne besondere Sachkenntnis.* »

36 Voir à ce sujet : Martin WILL, « *Wahlcomputer und der verfassungsrechtliche Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl* », *op. cit.*, p. 700 s. – commentant les exemples proposés par la Cour pour rendre la technique constitutionnelle (cons. 73 s.), par exemple l'impression d'un bulletin à glisser dans l'urne en parallèle au vote électronique.

où l'on s'interroge sur l'introduction du vote par internet³⁷, de telles limites devront sans doute être précisées pour pouvoir être prises en compte par le législateur allemand face à l'évolution des technologies.

Progressant dans « *la chaîne de légitimité* » reliant le peuple aux organes de l'État, il convient à présent de s'intéresser non plus aux modalités du vote des électeurs, mais aux élus et à leur activité. La transparence du financement de la vie politique s'avère à cet égard une donnée majeure du débat démocratique actuel.

B. Transparence et financement de la vie politique au service de la confiance des citoyens dans leurs élus

Alors que les parlementaires britanniques ont été contraints d'adopter la transparence comme principe de fonctionnement à la suite du scandale des notes de frais révélé en 2009 et que la transparence de la rémunération des députés français semble être « *un long chemin* »³⁸, occupant en toute hypothèse principalement la scène politique et médiatique, en Allemagne, le juge constitutionnel fédéral est, ici encore, amené à prendre une part active à ce débat sensible.

Se prononçant à l'occasion de recours variés et nombreux, elle précise en effet, dans quelle mesure dans quelle mesure, à nouveau rapporté à la

37 Pour une comparaison intéressante, voir le débat soulevé en France par l'introduction du vote « *par correspondance électronique* » pour les « *Français établis hors de France* » (Art. R 176-3 du Code électoral, modifié par le décret n° 2011-843 du 15 juillet 2011). On remarquera toutefois que, conformément à nos remarques précédentes, le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se saisir du débat sur la transparence et la sincérité d'un tel procédé. À l'inverse, on peut renvoyer à la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés n° 2010-371 du 21 octobre 2010 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique.

En ce qui concerne plus précisément « *l'utilisation de machines à voter* », prévue par l'article 57-1 du Code électoral français, elle n'a jamais fait l'objet d'un examen direct par le Conseil constitutionnel en tant que juge constitutionnel – ce qui ne l'a toutefois pas empêché de publier, en 2007, un communiqué déclarant le procédé conforme à la Constitution (voir, pour cette méthode étrange : Gilles J. GUGLIELMI, « Au feu les pompiers (constitutionnels) ! – À propos du vote électronique, <http://www.guglielmi.fr/spip.php?article71>. Le Conseil constitutionnel s'est par ailleurs prononcé sur la question en sa qualité de juge électoral : voir par exemple sa décision n° 2007-3872 AN du 4 octobre 2007, A.N., *Marne* (3^e circ.).

38 Titre d'un article publié dans le quotidien *Le Monde*, à la suite du rejet en Commission des finances, le 11 juillet 2012, de l'amendement déposé par le député Charles de Courson (Union des démocrates et indépendants, UDI, Marne), visant à soumettre à l'impôt sur le revenu la part non utilisée à des fins professionnelles de l'indemnité représentative de frais de mandat (IRFM). http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/07/23/deputes-pourquoi-la-transparence-est-un-long-chemin_1736927_823448.html.

« *confiance du peuple dans la démocratie* »³⁹, le renforcement de la transparence du financement des partis politiques comme des députés doit contribuer au contrôle des citoyens sur leurs représentants, réputés incarner l'intérêt général et non des intérêts particuliers⁴⁰. Il en va donc tant de la représentativité que de l'intégrité du Parlement, propriétés inhérentes au processus de légitimité démocratique.

Concernant tout d'abord les partis politiques, il ne s'agit nullement de « *soutenir que la démocratie est possible sans partis politiques* : [...] *la démocratie est nécessairement et inévitablement un État de partis* »⁴¹. Bien au contraire, le statut constitutionnel des partis allemands est solidement ancré dans la Loi fondamentale (art. 21 al. 1 LF)⁴² – et ce, dès le texte original, ce qui est remarquable lorsque l'on garde à l'esprit les hésitations du constituant français sur ce point. Pour autant, ils ne sont pas des « *organes étatiques* » (*Staatsorgane*), ce qui proscriit « *une prise en charge complète ou même seulement majoritaire de leurs besoins de financement par des moyens publics* »⁴³. La recherche de conciliation entre les exigences de liberté et d'égalité qui s'ensuit – et qui sous-tend la mise en œuvre du pluralisme démocratique – conduit à des réglementations complexes, associant régime de financement public et encadrement des financements privés des partis.

39 Décision précitée du 18 juin 1975 (BVerfGE 40, 296 – *Abgeordnetendiäten*) (« *das Vertrauen des Volkes in die Demokratie* »).

40 C'est presque avec une certaine exaltation que la Cour précise dans sa décision du 18 juin 1975 précitée que tout revenu qui conduirait les députés à « *représenter ou tenter d'imposer les intérêts des patrons, d'entrepreneurs ou de grandes entreprises leur versant des sommes d'argent* » est inconciliable avec l'indépendance et l'égalité du statut des députés. (« [...] *würden im Parlament die Interessen des zahlenden Arbeitgebers, Unternehmers oder der zahlenden Großorganisation vertreten und nach Möglichkeit durchzusetzen versuchen. [...]* »).

Reste que, bien évidemment, « *l'expression de l'intérêt général, par [l]es représentants, n'est pas exclusive de l'expression [d']intérêts particuliers [...]* » (Pascale DEUMIER, « Reconnaissance du lobbying en France », *RTD Civ.* 2010, p. 62). Alors que le recours à l'expertise, interne ou externe à l'administration, est de plus en plus reconnu comme contribuant à une prise de décision publique éclairée, la frontière entre les deux types d'intérêts est ténue. La transparence de ces activités permet alors une « *élaboration distanciée de l'expression de la volonté générale* » (*ibid.*).

41 Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur* [1929], rééd. Economica, 1988, ici cité par Edouard GEFFRAY, « Les obligations comptables des partis politiques », conclusions sur CE, Sect., 9 juin 2010, n° 327423, *Association Cap sur l'avenir 13*, RFDA 2010, p. 1047.

42 « *Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques. Ils doivent rendre compte publiquement de la provenance et de l'emploi de leurs ressources ainsi que de leurs biens.* »

43 Arrêt du 24 juillet 1979 (BVerfGE 52, 63 – 2. *Parteispenden-Urteil*) (« *Eine völlige oder auch nur überwiegende Deckung des Finanzbedarfs der Parteien aus öffentlichen Mitteln [...] wäre mit der Funktion und der Stellung der politischen Parteien, wie sie Art. 21 GG umschreibt, nicht vereinbar.* »). Voir déjà dans ce sens l'arrêt du 19 juillet 1966 (BVerfGE 20, 56 (102s. – *Parteienfinanzierung I*)).

Comme dans de nombreux autres États européens, de récentes affaires de corruption ont commandé une évolution de la législation. L'encadrement de la liberté passe alors précisément par un renforcement de l'exigence de transparence (*Transparenzgebot*) directement déduite de l'article 21 al. 1 (4) de la Loi fondamentale. Cette disposition constitutionnelle requiert explicitement que « *les partis politiques [...] rendent compte publiquement de la provenance et de l'emploi de leurs ressources ainsi que de leurs biens* ». Sur cette base, la loi sur les partis politiques (*Parteiengesetz*)⁴⁴ précise les conditions dans lesquelles les comptes des partis (*Rechenschaftsberichte*) doivent être remis chaque année au président du *Bundestag*, celui-ci étant chargé de les vérifier et d'en assurer la publication⁴⁵. Ces obligations ont notamment été renforcées par la loi du 28 juin 2002 (8^e modification de la loi sur les partis politiques), à la suite de l'« affaire des dons aux partis politiques » (*Parteispendenaffäre*), scandale politico-financier né de la révélation de l'existence de comptes occultes ayant alimenté les caisses du Parti chrétien-démocrate (« caisses noires de la CDU »).

Le recours formé contre la décision du président du *Bundestag* de réduire en conséquence la subvention publique accordée à la CDU a permis à la Cour de Karlsruhe d'interpréter la règle de l'exactitude des comptes posée par la loi sur les partis – dans sa version de 1994 applicable aux faits – à l'aune de l'« exigence de transparence et de publicité » issue de l'article 21 al. 1 (4) LF. Dans sa décision du 17 juin 2004, la haute juridiction considère que ce « bien constitutionnel à protéger et à faire prévaloir » (*zu schützendes und durchzusetzendes Verfassungsgut*) suppose que toute « *intrication des intérêts politiques et économiques [soit] rendue publique* », afin que les « *électeurs [...] puissent avoir toute connaissance des pouvoirs qui déterminent la politique des partis* »⁴⁶. Partant, le recours est rejeté à l'unanimité. Cette décision tend

⁴⁴ *Gesetz über die politischen Parteien*, promulguée le 24 juillet 1967 (dernière modification le 23 août 2011) : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/partg/gesamt.pdf>.

Pour un commentaire (même si quelque peu ancien) : B. KÜSTERMANN, *Das Transparenzgebot des Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG und seine Ausgestaltung durch das Parteiengesetz*, V & R Unipress, 2003. Voir aussi sur cette question : Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union, op. cit.*, p. 70s.

⁴⁵ Solution qui s'écarte donc du droit français qui attribue le premier contrôle des obligations financières et comptables des partis politiques à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, autorité administrative indépendante, créée par la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

⁴⁶ Décision du 17 juin 2004 (BVerfGE 111, 54 (173s. – *Rechenschaftsberichte*), BVerfG, 2 BvR 383/03, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040617_2bvr038303.html). Sur cette décision : Joachim WIELAND, « Schwarze Kassen », *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 110 s. ; en français : Michel FROMONT, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2004) », *RDP*, 2005, n° 2, p. 1693.

Notons que les recours contre la décision du président du *Bundestag* ont d'abord été portés devant les juridictions administratives. La possibilité de former un recours constitutionnel contre les jugements

à renforcer le rôle du président du *Bundestag*, auquel il revient de tirer les conséquences d'une interprétation large de l'obligation de transparence dont doivent répondre les partis politiques. Elle confirme par ailleurs le rôle fondamental que la Cour constitutionnelle, à travers ses diverses attributions, est appelée à jouer dans la juridicisation de la vie politique allemande. Le juge constitutionnel n'en relève pas moins les limites de la saisie par le droit de la notion de transparence, appelant à « *la responsabilité propre des partis* » (*Verantwortung der Parteien selbst*)⁴⁷, particulièrement lorsqu'il est question de financements et de conflits d'intérêts.

L'importance de l'obligation d'information et de transparence en démocratie concerne bien évidemment également les représentants eux-mêmes. La liberté du mandat parlementaire trouve en particulier ses limites dans des obligations variées tendant à prévenir et à sanctionner les conflits d'intérêts. À cet égard, outre les diverses incompatibilités parlementaires, les règles relatives à la rémunération des députés et les exigences de transparence qui les assortissent jouent un rôle premier. Dans ce cadre, la mise en forme juridique des questions afférentes au financement de la vie politique est sous-tendue par des débats relatifs à la fonction de représentation, à la nature de l'indemnité parlementaire en mesure de garantir l'indépendance des députés ou encore à l'évolution de la part des fonctionnaires – dont le revenu, contrairement aux autres professions, est assuré – dans la composition du Parlement, débats théoriques auquel la Cour ne manque pas de prendre part⁴⁸.

Conformément à l'article 48 al. 3 LF, les députés du *Bundestag* « *ont droit à une indemnité équitable qui assure leur indépendance* ». Dans un célèbre arrêt rendu le 5 novembre 1975, c'est encore la Cour constitutionnelle qui a précisé les contours de cette disposition⁴⁹. Allant bien plus loin que la question posée par l'ancien député sarrois à l'origine du recours constitutionnel, la Cour s'est longuement attachée à préciser que, dans le cadre de la démo-

(*Urteilverfassungsbeschwerde*), spécificité que ne connaît pas la France, a ensuite été saisie par les requérants. Ceux-ci considéraient en effet que l'arrêt du Tribunal administratif supérieur de Berlin (tout comme la non-admission de la révision par la Cour administrative fédérale), déclarant régulière la décision du président du *Bundestag*, lésait notamment leur liberté générale d'agir et leur droit à l'égalité des chances (art. 2 al. 1 et 3 al. 1 LF).

47 Arrêt du 26 novembre 1991 (BVerfGE 85, 264 (326 – *Parteienfinanzierung II*)).

48 Sur ces questions, de manière générale : Anne von AAKEN, « *Regulierung durch Transparenz: Verhaltensregeln für Parlamentarier und ihre Realfolgen* », *Der Staat*, 49, n° 3, 2010, p. 369-403. Notons que la longueur traditionnelle des décisions rendues par la Cour lui permet précisément de prendre part à telles discussions théoriques.

49 BVerfGE 40, 296 – *Abgeordnetendiäten* (« *Indemnités parlementaires* »). Sur cet arrêt : Michel FROMONT, « *République fédérale d'Allemagne. Les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975* », *RDP*, 1977, n° 2, p. 351-356. En allemand, voir aussi le commentaire du Professeur Christian-Friedrich MENGER, in *VerwArchiv*, 1975, p. 303.

cratie représentative moderne, dès lors que le parlementaire n'est plus un notable mais un professionnel de la politique à temps complet, il « *ne perçoit plus simplement une indemnité, mais touche un revenu prélevé sur les caisses de l'État* »⁵⁰. En outre, loin de s'estimer liée par la requête, et confirmant l'objectivisation aisée du recours en protection des droits fondamentaux en Allemagne, la Cour saisit l'occasion pour prononcer l'inconstitutionnalité de nombreuses dispositions de la loi sarroise relative au régime de rémunération des députés. À ce titre, l'importance, pour un véritable contrôle démocratique, de la publicité et de la transparence des règles correspondantes est particulièrement mise en exergue. Prenant acte des mises en garde prononcées par la Cour, le *Bundestag* adoptera lui-même, dès 1977, une nouvelle loi sur le statut juridique de ses membres. C'est dire à nouveau l'influence d'une Cour comprenant ses propres compétences comme celles d'un véritable organe constitutionnel.

Plus récemment, des recours dirigés contre des dispositions complétant la loi précitée du 18 février 1977 sur les députés ont conduit la Cour de Karlsruhe à préciser sa jurisprudence en matière de transparence des rémunérations des parlementaires⁵¹. Les recours étaient formés par neuf députés allemands – dont la plupart étaient par ailleurs avocats ou entrepreneurs indépendants –, dans le cadre d'un litige entre organes constitutionnels (*Organstreitigkeit*), compétence spécifique de la Cour l'habilitant à statuer « *sur l'interprétation de la Loi fondamentale à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres [...]* » (art. 93 al. 1 (1) LF). Les requérants estimaient en effet que l'obligation imposée par la loi, sous peine de sanction, de déclarer au président du *Bundestag* leurs activités professionnelles exercées en dehors du mandat de député, ainsi que les revenus correspondants (*Nebeneinkünfte*) lorsque ceux-ci dépassent un certain montant, était contraire au principe de la liberté du mandat représentatif découlant de l'article 38 al. 1 LF⁵². La durée de la délibération (près de neuf mois) comme la longueur de la déci-

50 « *Der Abgeordnete [...] erhält nicht mehr bloß eine echte Aufwandsentschädigung, er bezieht aus der Staatskasse ein Einkommen.* »

51 Arrêt du 4 juillet 2007 (BVerfGE 118, 277, *Abgeordnetengesetz* : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070704_2bve000106.html). Arrêt portant sur la loi du 22 août 2005 qui a complété pour la vingt-sixième fois la loi du 18 février 1977 sur les députés, ainsi que les règles d'application prises par le président du *Bundestag*. Voir sur cet arrêt : Michel FROMONT, « *Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2007)* », *RDP*, 2008, p. 1689 ; Michel FROMONT, « *Chronique Allemagne* », *AJJC* 2007 ; Joachim LINK, « *Verfestigung des Leitbilds vom Berufsabgeordneten durch das BVerfG* », *NJW* 2008, p. 24 s.

52 « *Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience.* » Les recours étaient également fondés sur la violation des articles 48 al. 2 (1) – « *Nul ne peut être empêché d'accepter et d'exercer les fonctions de député* » – et 12 al. 1 (liberté professionnelle).

sion (158 pages) s'expliquent en particulier par le partage des voix des huit juges de la chambre, partage emportant le rejet du recours⁵³. Les deux thèses, longuement exposées dans la décision, partent de prémisses opposées sur la conception théorique de la représentation parlementaire comme sur l'indépendance du mandat. Elles aboutissent dès lors à des solutions opposées, tant pour la question de savoir si l'exercice du mandat doit être au centre des activités du député (*Mittelpunktregelung*), qu'au regard de la portée du principe de transparence, lequel commande de nombreuses dispositions contestées.

Pour l'opinion « majoritaire », favorable à l'interprétation conforme de la loi, le principe de la liberté du mandat représentatif n'est pas sans limite. En conséquence, la disposition litigieuse, en ce qu'elle n'interdit pas aux députés d'exercer d'autres activités professionnelles mais exige de les rendre publiques, n'est pas contraire à l'article 38 de la Loi fondamentale. Se référant plusieurs fois à la décision précitée de 1975, les juges soutenant cette opinion mettent l'accent sur l'importance du principe de transparence dans une démocratie représentative basée sur la confiance populaire : « *l'électeur doit savoir qui il élit* » (cons. 271)⁵⁴, en connaissant notamment les « *potentielles collisions d'intérêts* » (cons. 169)⁵⁵. Selon cette première thèse, le député est avant tout un professionnel de la politique, et c'est surtout la prévention des conflits d'intérêts avec les milieux *économiques* qui est recherchée, sous les yeux du public.

Une toute autre conception sous-tend la position des requérants et des juges « minoritaires », favorables à une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi. Le parlementaire y est défini comme un « *trait d'union entre l'État et la société* » (cons. 342)⁵⁶, ce qui suppose qu'il conserve « *un ancrage particulier [...] dans la sphère professionnelle et sociale* » (cons. 244)⁵⁷. Cette acception, qui n'est pas sans rappeler certaines représentations du XIX^e siècle – mais que l'on retrouve aussi dans les débats actuels – acception opposant plus radicalement société et État, associe davantage la liberté du mandat parlementaire à l'indépendance à l'égard de la *politique*. Par suite, le député doit pouvoir continuer à exercer librement son activité professionnelle. Si l'idée d'un « *député transparent* » (*gläserner Abgeordneter*)⁵⁸ n'est pas rejetée, cette thèse considère que « *la*

53 Conformément au paragraphe 15 al. 4 de Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG), « *en cas de parité des voix, une violation de la Loi fondamentale [...] ne peut pas être constatée.* »

54 BVerfGE 118, 277 (353) : « *Der Wähler muss wissen, wen er wählt.* »

55 *Ibid.*, Cons. 311 : « *Der Zweck der Transparenzregeln, potentielle Interessenverknüpfungen offenzulegen [...].* »

56 *Ibid.*, Cons. 340 et 379) : « *Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft.* »

57 *Ibid.*, Cons. 340 : « *eine besondere Verwurzelung [...] in der beruflichen und gesellschaftlichen Sphäre.* »

58 Friedrich E. SCHNAPP, « *Darf es von Rechts wegen den 'gläsernen Abgeordneten' geben?* », *NWVBl* 2006, p. 401 s. Les requérants comme les juges constitutionnels se réfèrent à ce terme : voir par exemple : BVerfGE, 118, 277 (136 ; 298).

transparence est un concept ambivalent : [si] la connaissance et l'explication font partie de la démocratie [...], l'exigence d'une transparence absolue manifeste cependant plutôt une impuissance » devant les failles de la démocratie libérale (cons. 354)⁵⁹. La transparence recherchée peut même susciter un « *sentiment général de soupçon* » (cons. 361)⁶⁰ à l'encontre des députés exerçant d'autres activités professionnelles tout en portant atteinte à leur liberté professionnelle et à leur droit à conserver la maîtrise de leurs données personnelles. Ici encore, on ne peut que constater combien l'équilibre entre transparence et secret s'avère délicat à apprécier.

Reste que, dans un contexte marqué par les scandales politico-financiers, l'opinion qui s'est imposée a conduit la Cour à conforter la rigueur des mesures prises. D'une manière bien plus précise que les députés français, les membres du Parlement allemand sont aujourd'hui tenus de publier sur le site internet du *Bundestag* les renseignements correspondant à leurs activités diverses et aux revenus qui en découlent⁶¹. On notera par ailleurs qu'un nombre croissant de députés allemands se revendiquent expressément

59 *Ibid.*, Cons. 384 : « *Transparenz ist [...] ein ambivalenter Begriff: Wissen und Aufklärung gehören zur Demokratie [...] Die Forderung nach absoluter Transparenz zeigt aber dort eher Hilflosigkeit [...].* »

60 *Ibid.*, Cons. 387 : « *Generalverdacht* ».

61 Concrètement, les députés déclarent leurs activités annexes ainsi que leurs activités professionnelles – mais non leurs patrimoines –, un système de trois paliers financiers ayant été mis en place, permettant ainsi de se faire une idée du montant des rémunérations mensuelles perçues en plus de l'indemnité parlementaire (entre 1 000 et 3 500 € ; entre 3 501 et 7 000 € ; plus de 7 000 €). Les revenus mensuels de moins de 1 000 € ne sont pas soumis à déclaration. (http://www.Bundestag.de/Bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage1.html).

À ces obligations correspondent des sanctions, qui peuvent être prises par le président du *Bundestag* et contestées devant la Cour administrative fédérale. C'est ainsi que l'ancien député et avocat (et ancien ministre de l'intérieur) Otto Schily a contesté la décision du président du *Bundestag* Norbert Lammert, le condamnant à payer 22 000 euros pour non-respect des règles relatives à la transparence des députés. Dans son arrêt du 30 septembre 2009 (BVerwG, NVwZ 2010, p. 837), la Cour administrative fédérale a confirmé la violation de ces obligations – mais annulé les sanctions sur un autre fondement.

Notons que ce système n'est pas incontesté. S'il est souvent souligné que la sanction des conflits d'intérêts procède, en Allemagne, davantage de l'opinion que des obligations légales, les propositions en faveur d'un renforcement de la réglementation se multiplient. Outre les propositions qui demeurent au niveau d'un engagement écrit – à l'instar de celle des députés Marco Bülow (SPD) et Gerhard Schick (Grüne, Verts) : « *codex de bonne conduite pour les députés du Bundestag* (Verhaltenskodex für Abgeordnete des Deutschen Bundestages, mars 2013 : <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-03/MdB-verhaltenskodex.pdf> –, un nouveau système est en cours de discussion au *Bundestag*. La nouvelle réglementation, qui devrait entrer en vigueur avec la prochaine législature, prévoit un nouveau système comportant dix paliers de rémunérations annexes, permettant ce faisant une analyse plus fine de ces revenus et des éventuels conflits d'intérêt (le niveau 1 étant fixé à 1 000 euros, le niveau 10 concernant les revenus au-delà de 250 000 euros). Il est prévu en outre de publier ces données sur le site internet du *Bundestag*.

Voir à ce sujet : http://www.bundestag.de/presse/pressemitteilungen/2013/pm_1302223.html

« députés transparents » et publient des informations exhaustives sur des blogs ou autres pages internet⁶².

En définitive, force est de constater que la sensibilité des citoyens allemands sur ces questions trouve un écho important dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle comme dans le comportement des gouvernants eux-mêmes – au risque parfois de faire le jeu de la polémique, ainsi que l'atteste la récente controverse relative au montant des revenus annexes de Peer Steinbrück, député social-démocrate et candidat du parti à la chancellerie pour les élections législatives de 2013⁶³.

Outre la transparence de l'élection et du financement de la vie politique, la Cour de Karlsruhe a enfin été amenée à mettre en exergue l'importance de la transparence de la procédure parlementaire, toujours au service d'une meilleure compréhension et donc acceptation de la prise de décision politique dans le cadre d'une démocratie représentative.

C. *Transparence et procédure parlementaire*

En tant qu'impératif général de clarté et de sincérité du processus décisionnel, la transparence permet au citoyen d'être véritablement informé de l'activité de ses représentants. Il s'agit pour lui tout d'abord de comprendre les décisions qui ont vocation à lui être appliquées. C'est ainsi que, dans une décision notable du 9 février 2010⁶⁴, dont l'objet dépasse quelque peu le cadre de la présente analyse, la Cour de Karlsruhe a précisé les condi-

⁶² Voir par exemple la déclaration du député SPD Lars Klingbeil (<http://www.lars-klingbeil.de/person/glaeserner-abgeordneter/>) : « *Je souhaite rendre mon travail de député aussi transparent que possible et publié à cet effet tous mes revenus de manière exhaustive. Pour toute question relative aux chiffres publiés, merci de me contacter par mail [...].* » Plus précisément, se trouvent ensuite publiés son avis d'imposition, ses traitements (*Bezüge*) et autres indemnités de fonction (*Amtsausstattungen*) en tant que député, ses revenus issus de son engagement dans la vie politique communale (*Einnahmen aus der Kommunalpolitik*), sa pension de retraite (*Altersversorgung*) ainsi que les éventuels dons perçus.

⁶³ Voir notamment la conséquente liste des conférences qu'il a prononcées, notamment en sa qualité d'économiste renommé : http://www.Bundestag.de/Bundestag/abgeordnete17/biografien/S/steinbrueck_peer.html.

L'ampleur des rémunérations obtenues ne manque bien évidemment pas d'être critiquée, en particulier par le parti de gauche – et c'est aussi dans ce cadre que s'inscrit la discussion actuelle d'un nouveau système de présentation des revenus annexes (cf. note n. 61).

⁶⁴ Arrêt du 9 février 2010 (BVerfGE, 125, 175 – *Hartz IV*, BVerfG 1 BvL 1/09 : http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html).

Voir sur cet arrêt : Christoph SEILER, « Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum », *JZ* 2010, p. 500s. ; Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2010 », *RDP*, 2011, n° 4, p. 1055 ; Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision '*Hartz IV*'

tions procédurales de la concrétisation du « *droit au minimum vital conforme à la dignité humaine* » (*menschenwürdiges Existenzminimum*). Ce droit fondamental nouvellement consacré suppose en particulier que le législateur établisse, de manière équitable et compréhensible, « *dans le cadre d'une procédure transparente et appropriée* »⁶⁵, les montants versés au titre de la loi *Hartz IV* – mesure emblématique de la réforme du marché du travail mise en œuvre par le Gouvernement Schröder, visant notamment à réformer le système des aides sociales.

Il s'agit en outre, pour le citoyen, d'être en mesure d'exercer véritablement sa fonction de contrôle démocratique⁶⁶. À ce sujet, la Cour constitutionnelle fédérale a apporté certaines précisions à l'article 42 al. 1 LF, aux termes duquel « *les débats du Bundestag sont publics. Le huis clos peut être prononcé à la majorité des deux tiers, à la demande d'un dixième des membres du Bundestag ou à la demande du Gouvernement fédéral. [...]* ». Dans une décision rendue le 2 mars 1977, elle rappelle au préalable que, à l'instar de nombreuses autres dispositions, le principe fondamental de la publicité des délibérations du *Bundestag* et du *Bundesrat* est au service de l'ordre démocratique et libéral de la Loi fondamentale⁶⁷. Elle insiste ensuite sur le droit pour le député, non seulement de « voter » (*abstimmen*), mais également, voire surtout, de « débattre » (*verhandeln*), dès lors que « *la discussion publique d'arguments et de contre-arguments* » constitue l'un des « *éléments essentiels du parlementarisme démocratique. Dans une procédure parlementaire, c'est précisément le degré de publicité de la discussion et de la recherche d'une décision [adéquate] qui ouvre la possibilité de concilier les intérêts divergents, possibilité qui ne se révélerait pas de la même manière si la procédure était moins transparente* »⁶⁸. C'est à nouveau mettre l'accent sur le principe de publicité cher à Kant et Habermas. Pour autant, ce principe n'exclut pas des échanges plus

de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 653 s.

- 65** Dispositif n° 3 de l'arrêt (« *in einem transparenten und sachgerechten Verfahren* »). L'arrêt précise par la suite qu'un mode de calcul conduisant à « *des estimations à l'aveuglette* » (*Schätzungen « ins Blaue hinein »*) contrevient à ce nouveau droit, fondé sur la combinaison des principes de dignité humaine (art. 1 al 1 LF) et de l'État social (art. 20 al 1 LF).
- 66** Voir dans ce sens l'arrêt précité : BVerfGE 40, 296 (327) ou, plus récemment, une décision du 8 décembre 2009 : BVerfG, 2 BvR 758/07 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091208_2bvr075807.html.
- 67** Arrêt du 2 mars 1977 (BVerfG 44, 125 (147) – *Öffentlichkeitsarbeit*).
- 68** Arrêt du 14 janvier 1986 (BVerfGE 70, 324 (355) – *Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*) : « *Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. Gerade das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffnet Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, die bei einem weniger transparenten Vorgehen sich nicht so ergäben* ». Voir aussi déjà : BVerfGE 40, 237 (249). Ce considérant de principe est souvent rappelé depuis lors.

confidentiels au stade des travaux en commission (*Ausschüsse*)⁶⁹, traduisant à nouveau la délicate détermination de la balance entre transparence et efficacité de la prise de décision.

Ces principes ne s'arrêtent bien évidemment pas à la porte du *Bundestag* : ils ont également vocation à s'appliquer dans le cadre du contrôle parlementaire du pouvoir exécutif.

II. TRANSPARENCE ET CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DU POUVOIR EXÉCUTIF

Définie comme une condition de la démocratie représentative, la transparence n'exige pas seulement que le statut et l'activité des représentants soient déterminés publiquement « *sous les yeux* » des citoyens. Elle suppose également que les représentants soient eux-mêmes en mesure d'exercer leurs droits de contrôle sur l'activité des titulaires du pouvoir exécutif. La transparence de la procédure parlementaire serait en effet dépourvue de portée réelle si le processus décisionnel leur échappait. On retrouve là la « *chaîne de légitimité* » démocratique, à laquelle la Cour constitutionnelle de Karlsruhe est particulièrement vigilante eu égard à la centralité du *Bundestag* dans le système parlementaire allemand.

Partant, le contrôle du respect du principe démocratique a conduit le juge constitutionnel fédéral à s'ériger en gardien des droits du *Bundestag* – et, afin de garantir les droits des *Länder*, de ceux du *Bundesrat*⁷⁰ – dans le cadre du processus décisionnel européen (A) comme national (B).

A. Information et transparence au service d'une participation démocratique aux décisions arrêtées au niveau européen

Synonyme d'ouverture et de visibilité, la transparence du processus décisionnel permet de s'assurer que la décision est bien le fruit de l'activité des représentants élus. Or, plus le partage de compétences est complexe et

⁶⁹ Arrêt du 6 mars 1952 (BVerfGE 1, 144 (152) – *Geschäftsordnungsautonomie*). Le règlement intérieur du *Bundestag* (*Geschäftsordnung*) a été plusieurs fois modifié afin de prendre en compte l'importance des travaux des commissions dans le processus législatif. La règle selon laquelle les délibérations des commissions sont en principe non publiques demeure néanmoins (§ 69 du règlement). http://www.Bundestag.de/Bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/index.html.

Sur cette question en droit français : Philippe BACHSCHMIDT, « La publicité des travaux des commissions parlementaires », *Constitutions* 2010, p. 510 s.

⁷⁰ Sur le *Bundesrat*, cf. note n. 25.

donc opaque car difficile à comprendre, plus cette exigence démocratique est menacée. Ce risque est particulièrement tangible au regard des transferts de compétences assortissant l'approfondissement de la construction européenne – quelle que soit la portée à ce niveau du principe de transparence, mis en avant dans la Déclaration de Laeken des 14 et 15 décembre 2001.

Dans ce contexte, le renforcement des droits des parlements nationaux tend à éviter la mutation de leur « rôle de décideurs » vers celui de simples « observateurs »⁷¹ des décisions prises par les pouvoirs exécutifs, voire par des instances bureaucratiques. L'équilibre est toutefois particulièrement difficile à déterminer dans les périodes de crise qui exigent une prise de décision rapide et efficace.

En France, l'article 88-4 de la Constitution permet aux parlementaires de faire connaître leur position avant l'adoption d'actes de droit dérivé. Si les résolutions adoptées dans ce cadre peuvent avoir un poids politique non négligeable, elles n'ont, en droit, qu'une valeur consultative. Sans doute les parlementaires français ont-ils par ailleurs la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité des traités européens avant leur ratification (art. 54). De même, « chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité » (art. 88-6). Pour autant, les possibilités de s'opposer au dessaisissement de leurs compétences par la voie d'un recours juridictionnel demeurent plus limitées qu'en Allemagne où, on l'a vu, les voies d'accès à la Cour constitutionnelle sont multiples. Surtout, les partis politiques, députés et citoyens allemands ne manquent pas d'y recourir, permettant de la sorte au juge constitutionnel allemand d'accompagner de très près les grandes étapes de la construction européenne.

Et ici encore, sa jurisprudence intéresse également l'approfondissement des rapports entre démocratie et transparence. En s'érigeant en gardienne des droits de participation et d'information des représentants allemands, la juridiction constitutionnelle s'efforce en particulier de déterminer les conditions dans lesquelles le processus décisionnel peut demeurer le plus démocratique possible – au risque de développer une conception de la démocratie centrée sur la légitimation issue des seuls parlements nationaux.

Si le terme même de transparence n'apparaît que deux fois dans la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993⁷² et huit fois dans la décision *Lisbonne*

⁷¹ Voir dans ce sens la position de l'ancien juge constitutionnel Paul Kirchhof dans la quotidien *Frankfurter Allgemeine Zeitung* daté du 12 juillet 2012 : <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/europas-zukunft/paul-kirchhof-zur-krise-der-eu-verfassungsnot-11817188.html>.

⁷² BVerfGE 89, 155. Parmi de très nombreux commentaires : Christian AUTEXIER et Barbara GENIUS-DEVIME, « La Cour constitutionnelle fédérale, l'ordre constitutionnel allemand et le traité de Maastricht », *RFDC* 1994, p. 421-432 ; Constance GREWE, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 sur le Traité de Maastricht : l'Union européenne et les droits fondamentaux » *RUDH* 1993, p. 226-231 ; Michel FROMONT, *RDP*, 1995, p. 349-360.

du 30 juin 2009⁷³, et souvent à titre accessoire, il est présent en permanence, de manière implicite, en tant qu'émanation des principes de publicité, d'information et, plus largement, de celui de légitimation démocratique. Depuis *Maastricht*, la Cour allemande assimile le droit de vote (art. 38 al.1 LF) au droit fondamental à être gouverné démocratiquement. Cette interprétation emporte des conséquences majeures dans la mesure où elle ouvre la possibilité de fonder un recours individuel sur cette disposition. Elle revêt en outre un relief particulier lorsqu'elle est lue en parallèle avec l'article 23 de la Loi fondamentale, clause « européenne » qui précise les conditions du concours des assemblées aux affaires de l'Union⁷⁴.

Sur le fond, c'est notamment au niveau de l'examen des modalités et du contenu des transferts de compétences qu'interviennent les principes de démocratie et de transparence. Dès sa décision de 1993, la Cour insiste sur l'exigence constitutionnelle de prévisibilité et de précision de l'habilitation concédée à l'Union (cons. 181, 187s.). Depuis Lisbonne, plus précisément encore, elle place au cœur de ses décisions la « *responsabilité d'intégration* » (*Integrationsverantwortung*) dévolue aux parlements nationaux en matière européenne. Cela paraît d'autant plus essentiel que, dans le cadre des processus de « *fédéralisation à l'intérieur et [de] supranationalisation à l'extérieur [...], l'imputation de décisions aux acteurs qui en sont responsables perd en transparence, ce qui a pour conséquence que, lorsqu'ils votent, les citoyens*

73 BVerfGE, 123, 267 – *Lissabon*, BVerfG BvE 2/08. On trouve une traduction de grande qualité de l'intégralité de l'arrêt sur le site de la Cour : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html.

Pour un commentaire, parmi beaucoup d'autres : Constance GREWE, « L'après-Maastricht ou la fin de la politique ? L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne », *chronique Allemagne, AIJC* 2009.

74 Arrêt *Lisbonne* précité (cons. 174 et 175), dans la lignée de l'arrêt *Maastricht* (cons. 171-172) : « *L'article 38 alinéas 1 et 2 LF garantit le droit subjectif de participer à l'élection des députés au Bundestag. [...] Le vote n'aurait plus grand sens si l'organe de l'État ainsi élu ne disposait pas suffisamment de fonctions et de compétences propres au sein desquelles le pouvoir légitimé par le vote peut s'exercer. En d'autres termes, le Parlement n'est pas seulement investi d'une "responsabilité abstraite cautionnant" les actes de souveraineté d'autres entités exerçant un pouvoir politique, mais de la responsabilité concrète pour les actions de l'État. Par les dispositions de l'article 23 alinéa 1 phrase 3 combiné à l'article 79 alinéa 3 et à l'article 20 alinéas 1 et 2 LF, la Loi fondamentale a déclaré intangible ce rapport de légitimation entre l'électeur et la puissance étatique. Dans le champ d'application de l'article 23 LF, l'article 38 alinéa 1 phrase 1 LF interdit que la légitimité conférée par le vote à la puissance étatique et l'influence sur l'exercice de cette dernière ne soient vidées par le transfert de compétences du Bundestag au niveau européen de manière telle que le principe de démocratie se trouverait violé.* »

Notons que les dispositions de l'article 23 LF sont complétées par la Loi relative à la coopération entre le Gouvernement fédéral et le Bundestag allemand dans les affaires de l'Union européenne (*Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union - EUZBBG*), Loi promulguée le 12 mars 1993 et dernièrement modifiée par la loi du 13 septembre 2012 (<http://www.gesetze-im-internet.de/euzbbg/BjNR031100993.html>).

ne peuvent plus s'orienter au regard de chaînes de responsabilité tangibles »⁷⁵. Les conséquences concrètes que la Cour a pu tirer de ces positions tiennent principalement dans des exigences d'interventions répétées du législateur allemand. Certains commentateurs ne manquent pas de condamner un activisme jurisprudentiel bloquant l'Union européenne dans ses potentialités d'évolution. D'autres considèrent, à l'inverse, que les diverses modalités de participation des assemblées aux décisions européennes, renforcées en Allemagne par la nouvelle loi sur la responsabilité d'intégration du *Bundesrat* et du *Bundestag*⁷⁶, contribuent « à rendre visibles les choix en présence » (décision Lisbonne, cons. 250), participant en conséquence à une meilleure compréhension de l'Europe par « les citoyennes et les citoyens [...] [et permettant dès lors] [...] de rendre l'Europe plus transparente. [C]ar, si le Bundestag s'intéresse à la politique de l'Union européenne, il accroît aussi la légitimité de la politique européenne allemande »⁷⁷.

La multiplication des initiatives des dirigeants européens pour tenter de répondre à la crise financière et budgétaire qui secoue l'Europe a conduit la Cour à préciser sa jurisprudence dans plusieurs décisions récentes. Elle a tout d'abord donné en partie raison aux députés qui contestaient le transfert de leurs droits de participation et d'information à un sous-comité (*Untergremium*) de neuf membres, émanant de la Commission des finances et chargé de prendre des décisions sur les actions du Fonds européen de stabilité financière⁷⁸. Dans son arrêt rendu le 28 février 2012, la juridiction constitutionnelle considère en effet que les impératifs de rapidité et de confidentialité ne suffisent pas à justifier toute entorse au principe de publicité du budget, lequel, « en tant qu'expression du précepte de transparence imprégnant la démocratie, bénéficie d'un rang constitutionnel » au même titre que la « capacité de travail et de fonctionnement du Bundestag allemand »⁷⁹. En raison

75 Arrêt Lisbonne précité (cons. 247). Voir également sur ce sujet : Ingolf PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pédone, 2004, p. 74 s.

76 Loi du 22 septembre 2009 relative à l'exercice de la responsabilité d'intégration du Bundestag et du Bundesrat dans les affaires de l'Union européenne (Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz - IntVG)) : Loi que l'on trouve traduite en français sous le lien suivant : http://www.bundestag.de/htdocs_f/bundestag/commissions/a21/bases_juridiques/intvg.html.

77 Extrait de la déclaration de Gouvernement de la Chancelière Angela Merkel, faite le 17 décembre 2009 devant le Bundestag : <http://www.robert-schuman.eu/doc/ouvrages/kas-frs-bvg-urteil-lissabon-decision-cour-karlsruhe-traite-lisbonne.pdf>.

78 En l'espèce, l'arrêt porte sur la loi afférente au mécanisme européen de stabilité, loi par laquelle l'Allemagne s'oblige à une participation au fonds à hauteur de 211 milliards d'euros tout en précisant les droits du Bundestag dans ce cadre. Elle prévoit notamment que, si en principe toute décision suppose l'approbation du Parlement allemand, ces droits peuvent être exercés dans des cas particuliers par un « sous-comité » spécial.

79 BVerfG, 2 BvE 8/11 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20120228_2bve000811.html (der « Grundsatz der Budgetöffentlichkeit, der als Ausprägung des die Demokratie prägenden Transparenzgebotes

de leur portée, les décisions concernées doivent au contraire être prises par des organes respectant, de manière égalitaire et proportionnée, les droits des députés fondés sur l'article 38 al. 1 LF. Prenant acte de cette jurisprudence, le président du *Bundestag* a précisé que les compétences du sous-comité en cause seraient « ajustées » (*nachjustiert*)⁸⁰.

Dans un arrêt rendu le 19 juin 2012, la Cour constitutionnelle fédérale a également jugé fondés les recours du groupe parlementaire Alliance 90/Les Verts alléguant une violation des droits d'information du *Bundestag* allemand par le Gouvernement fédéral dans le cadre de la mise en place du Mécanisme européen de stabilité (MES) et du Pacte « euro-plus »⁸¹. Le groupe, à l'origine de la procédure de litige « inter-organes », contestait plus précisément le fait que le Gouvernement fédéral avait omis d'informer le *Bundestag* en amont et tout au long des discussions, se contentant de lui transmettre globalement et « en une fois » les informations et projets sur lesquels il avait été « délibéré définitivement, voire [de projets] déjà adoptés »⁸². Sans doute la Cour concède-t-elle que, tant que le processus de formation de la volonté interne au Gouvernement fédéral n'est pas achevé, le Parlement ne dispose pas d'un droit à être informé (cons. 124s.). De telles limites découlent bien évidemment du principe de séparation des pouvoirs (*Gewaltenteilung*). En revanche, les droits d'information du *Bundestag*, fondés sur l'article 23 al. 2 LF⁸³, doivent être interprétés de manière bien plus extensive. Seule une « implication plus forte des parlements nationaux dans le processus d'intégration peut [en effet] compenser leur perte de pouvoir face aux gouvernements nationaux » (cons. 96)⁸⁴. Il appartient en conséquence au Gouvernement fédéral allemand d'informer le *Bundestag* de manière détaillée, complète et aussi précoce que possible (cons. 116 s.). Cette large interprétation doit contribuer à compenser l'« asymétrie d'information » (*Informationsasymmetrie*) entre l'exécutif et le législatif en matière européenne (cons. 109 et 123). Elle repose sur la lettre même de l'article 23 al. 2 et, au-delà, tient compte de l'importance du principe de publicité des débats parlementaires, lui-même

ebenfalls Verfassungsrang genießt » (cons. 144) - sowie die « *Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages* » (cons. 89).

⁸⁰ http://www.Bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/37944857_kw09_neunergremium/index.html.

⁸¹ Arrêt du 19 juin 2012 (BVerfG 2 BvE 4/11 : http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20120619_2bve000411.html).

⁸² Voir respectivement : considérants 122 (« *in einem einmaligen Tätigwerden* ») et 152 (« *abschließend beratene oder sogar bereits beschlossene* » Texte »).

⁸³ « *Le Bundestag et les Länder par l'intermédiaire du Bundesrat concourent aux affaires de l'Union européenne. Le Gouvernement fédéral doit informer le Bundestag et le Bundesrat de manière complète et aussi tôt que possible.* »

⁸⁴ « *Eine stärkere Einbindung der nationalen Parlamente in den Integrationsprozess kann deren Kompetenzverluste gegenüber der jeweiligen nationalen Regierung ausgleichen.* ».

ancré dans le principe démocratique (cons. 113). En rappelant une jurisprudence bien établie, le juge constitutionnel fédéral associe ici publicité, contrôle parlementaire et responsabilité parlementaire à l'égard des citoyens. On retrouve ce faisant le lien intrinsèque entre la transparence, entendue comme principe de publicité et d'information d'une part, une définition exigeante de la chaîne de légitimité démocratique d'autre part.

Au-delà du constat de la complexification et du ralentissement du processus décisionnel qui s'ensuivent, il est ici surtout éloquent de constater l'ampleur des conséquences déduites par la Cour du principe démocratique. L'observateur français ne peut que relever la position incontournable de la juridiction constitutionnelle, crainte bien au-delà des frontières allemandes⁸⁵. Alors qu'en France, le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République en application de l'article 54 de la Constitution, n'a pas jugé que l'autorisation de ratifier le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* devait être précédée d'une révision de la Constitution⁸⁶, la décision de la Cour allemande s'est fait attendre, ménageant le suspens. Dans sa décision provisoire finalement rendue le 12 septembre 2012⁸⁷, les juges de la Seconde chambre ont certes rejeté les recours tendant à suspendre la signature, par le Président fédéral Joachim Gauck, des lois de ratification des Traités instituant les derniers mécanismes de sauvetage de la zone euro. Il faudra néanmoins attendre la décision de la Cour dans la procédure principale pour déterminer la portée de l'obligation d'information du parlement relative à certaines clauses de secret prévues par l'article 34 du Mécanisme européen de stabilité financière (MES).

La dialectique entre renforcement des obligations de transparence d'un côté, maintien d'une part de secret au service de l'exercice du pouvoir politique de l'autre, se retrouve par ailleurs au niveau de la compétence générale de contrôle parlementaire de l'exécutif.

85 Voir par exemple un article du quotidien *Die Welt* en date du 11 septembre 2012, présentant Andreas Voßkuhle, le président de la Cour (et de la Seconde chambre) comme « *l'homme devant lequel toute l'Europe tremble* » : <http://www.welt.de/politik/deutschland/article109157420/Der-Mann-vor-dem-ganz-Europa-zittert.html>.

86 Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*.

87 BVerfG, 2 BvR 1390/12 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html.

B. Information et transparence au service d'un contrôle effectif de l'exécutif au niveau national

En Allemagne, le Gouvernement et le Président bénéficient d'une légitimité indirecte, le premier étant élu par le *Bundestag* (art. 63 LF), le second par l'Assemblée fédérale, laquelle « *se compose des membres du Bundestag et d'un nombre égal de membres élus [...] par les représentations du peuple dans les Länder* » (art. 54 LF).

La polémique qui a conduit à la démission du Président fédéral le 17 février 2012 a récemment rappelé que les impératifs de transparence du financement de la vie politique s'adressent également au titulaire de cette fonction essentiellement honorifique. À la suite de révélations sur ses liens privilégiés avec un homme d'affaire, alors qu'il présidait le *Land* de Basse-Saxe, Christian Wulff s'était tout d'abord résolu à une déclaration publique, concédant la nécessité, « *précisément pour les titulaires de fonctions publiques, d'expliquer publiquement et à tout moment, leur manière d'accomplir leurs fonctions, et d'établir l'indispensable transparence, précisément aussi dans les domaines se situant à la frontière entre fonction publique et vie privée* »⁸⁸. Mais cela n'a pas suffi à dissiper les réprobations croissantes⁸⁹, conduisant *in fine* à sa démission. On peut à nouveau se demander ici si de tels faits auraient pu avoir de pareilles répercussions en France, où l'opinion publique est réputée plus conciliante en la matière.

Reste que cette affaire, qui concerne davantage les relations directes entre les hommes politiques et l'opinion publique, fut réglée en dehors de toute intervention de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Cette dernière est en revanche régulièrement appelée à préciser les limites entre le secret parfois inhérent à la prévalence de l'intérêt de l'État et le droit d'information nécessaire à l'exercice du contrôle parlementaire de l'exécutif. À cet égard, deux procédures classiques du contrôle parlementaire ont fait l'objet de décisions récentes.

La Cour de Karlsruhe a notamment eu l'occasion de se pencher sur la technique des questions au gouvernement. Dans une décision rendue le

⁸⁸ Déclaration (*Erklärung*) du 22 décembre 2011 : « [...] *gerade für Amtsträger, jederzeit die Wahrnehmung ihrer Aufgaben vor der Öffentlichkeit zu erläutern und gerade auch im Grenzbereich zwischen Dienstlichem und Privatem, [...] die erforderliche Transparenz herzustellen.* »

⁸⁹ De nombreux articles et commentaires ont notamment pointé le décalage entre la promesse de transparence du Président et le caractère partiel des informations divulguées. Voir par exemple : <http://www.faz.net/aktuell/politik/kanzlerin-steht-zu-wulff-merkel-lobt-transparenz-des-bundespraesidenten-11644453.html> ; <http://www.sueddeutsche.de/politik/kritik-am-bundespraesidenten-wie-die-medien-wulff-unter-zugzwang-setzen-1.1256679>.

1^{er} juillet 2009⁹⁰, elle a considéré que le Gouvernement ne doit pas pouvoir se retrancher derrière l'intérêt de l'État pour écarter les questions qui lui sont adressées. En l'espèce, le gouvernement avait refusé de répondre aux « petites questions » (art. 104 du règlement intérieur du *Bundestag* – questions écrites) posées par le groupe parlementaire Alliance 90/Les Verts au sujet des services de renseignement allemand. Si la Cour commence par reconnaître la nécessité absolue, fondée sur la séparation des pouvoirs, de limites au droit à l'information parlementaire (cons. 123), elle souligne que ces limites sont à évaluer au cas par cas. Partant, elle estime que le gouvernement a lésé les droits d'information complète des requérants (fondés ici sur la combinaison des articles 38 al. 1 (2) et 20 al. 2 (2) LF ; cons. 76) en renvoyant simplement aux informations déjà transmises à l'organe de contrôle parlementaire des services de renseignement fédéraux (*Parlamentarisches Kontrollgremium*)⁹¹. Celui-ci n'est en effet qu'un « *instrument supplémentaire du contrôle parlementaire* » (*ein zusätzliches Instrument parlamentarischer Kontrolle* ; cons. 126) et ne saurait être substitué aux autres moyens de contrôle de l'exécutif.

Dans une décision rendue quelques jours plus tôt, la Cour constitutionnelle fédérale⁹² a affirmé tout aussi fermement les droits issus du droit de former une commission d'enquête, droit constitutionnel (art. 44 LF⁹³) défini comme « *l'un des plus anciens et importants droits du Parlement* » (cons. 105⁹⁴). Ici encore, elle souligne que la confidentialité qui peut être indispensable au « bien de l'État » (*Staatswohl*), particulièrement en matière de sécurité intérieure et extérieure, n'autorise pas pour autant le gouvernement

⁹⁰ BVerfGE 124, 161 - *Überwachung von Bundestagsabgeordneten*, BVerfG, 2 BvE : http://www.bverfge.de/entscheidungen/es20090701_2bve000506.html.

Pour un commentaire : Xavier VOLEMORANGE, « Chronique Allemagne », *AJJC* 2009.

On relèvera qu'une telle jurisprudence relative à la balance entre le droit des parlementaires d'obtenir des informations de la part du gouvernement et la nécessité de protéger certains secrets en matière de « petites questions » n'est pas propre à la Cour constitutionnelle fédérale. Voir ainsi les affaires jugées respectivement par la Cour constitutionnelle de Rhénanie du Nord-Westphalie le 19 août 2008 et par la Cour constitutionnelle de Thuringe le 12 novembre 2008 – décisions présentées par Michel FROMONT, « Jurisprudence constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne », *RDP*. 2009, n° 6, p. 1721 s.

⁹¹ Cet organe a été constitutionnalisé (art. 45d LF) par la 55^e révision de la Loi fondamentale (17 juillet 2009).

⁹² BVerfGE 124, 78 – *Untersuchungsausschuss Geheimgefängnisse*, BVerfG, 2 BvE 3/07 du 17 juin 2009 : http://www.bverfge.de/entscheidungen/es20090617_2bve000307.html.

Affaire concernant certaines activités menées conjointement par les services de renseignement américains et allemands « *en lien avec la guerre d'Irak et la lutte contre le terrorisme international* » (tel est le titre du rapport présenté par le gouvernement : *Bericht zu « Vorgängen im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg und der Bekämpfung des Internationalen Terrorismus »*, cité au considérant 4).

Pour une présentation de la décision : « Chronique Allemagne » in *AJJC* 2009.

⁹³ Art. 44 al. 1 : « *Le Bundestag a le droit et, à la demande d'un quart de ses membres, l'obligation de constituer une commission d'enquête chargée de recueillir les preuves nécessaires en audience publique. Le huis clos peut être prononcé.* ».

⁹⁴ « [...] *gehört zu den ältesten und wichtigsten Rechten des Parlaments.* »

à refuser, par principe, au Parlement, le droit de demander des documents ou d'auditionner un témoin si cela est nécessaire pour une enquête.

On notera enfin que l'information parlementaire, au service d'un contrôle de l'exécutif « sous les yeux du public », est également essentielle en ce qui concerne l'engagement des forces armées⁹⁵. Alors qu'en France, les évolutions en la matière sont relativement timides et récentes⁹⁶, le déploiement de l'armée allemande est subordonné à l'autorisation préalable du Parlement⁹⁷. Un « *commissaire parlementaire aux forces armées est [en outre] désigné en vue de la protection des droits fondamentaux et en qualité d'organe auxiliaire du Bundestag pour l'exercice du contrôle parlementaire* » (art. 45b LF).

Si le terme même de transparence n'apparaît guère, le principe est à nouveau constamment sous-tendu par les obligations constitutionnelles d'information et de publicité, jalonnant tout le processus décisionnel.

Le terme de « transparence » n'apparaît certes pas expressément dans le texte constitutionnel allemand. Pour autant, il ne semble nullement inapproprié de le qualifier de « *pierre angulaire de la démocratie telle qu'entendue par la Loi fondamentale* »⁹⁸. La démocratie suppose en effet que « *la souveraineté des citoyens s'affirme [...] dans la puissance de discussions publiques qui naissent au sein d'espaces publics autonomes [et] prennent forme dans les décisions de corps législatifs dont la procédure est démocratique et qui assument une responsabilité politique* »⁹⁹, contrôlant à leur tour les décisions prises par le pouvoir exécutif. Dans ce sens, la démocratie ne peut fonctionner que si un minimum de transparence est garanti, les obligations de publicité et d'information qui s'ensuivent concernant tant les rapports entre le peuple et ses représentants que les rapports entre ces derniers et le pouvoir exécutif.

⁹⁵ Arrêt du 12 juillet 1994 (BVerfGE 90, 286 – *Out-of-area-Einsätze*), confirmé par l'arrêt du 7 mai 2008 (BVerfGE 121, 135 – *Luftraumüberwachung Türkei*, BVerfG, 2 BvE 1/03 : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20080507_2bve000103.html). On retrouve donc dans ce cadre cette expression déjà maintes fois rencontrée.

⁹⁶ Voir sur cette question : Mihaela ALLINCAI, « Le contrôle parlementaire de l'intervention des forces armées à l'étranger ; le droit constitutionnel français à l'épreuve du droit comparé », *RDV*. 2011, n° 1, p. 129 s.

⁹⁷ Il est tout à fait remarquable que ce soit la Cour de Karlsruhe qui, dans sa décision précitée du 12 juillet 1994, ait posé le principe de l'autorisation parlementaire. La loi du 18 mars 2005 en précise les modalités (*Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz)*).

⁹⁸ Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union*, op. cit., p. 38 (« *Die Eckpfeiler der grundgesetzlichen Demokratie* »).

⁹⁹ Jürgen HABERMAS, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, trad. fr. de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4^e éd., 1994, cité par Bodo PIEROTH, « L'apport de Jürgen Habermas au droit constitutionnel », *RDV*. 2007, 6, p. 1487 s.

Or, pour toutes ces questions, l'observateur français ne peut que constater le rôle incontournable endossé par la Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne. Il est certainement vain de chercher une pleine cohérence parmi ses très nombreuses décisions. Reste que, attachée à consolider la « chaîne de légitimité » qui lie le citoyen à la décision politique, la Cour n'a de cesse de façonner le principe dans ses multiples dimensions, renforçant en permanence les obligations des décideurs publics. Et, quelles que soient par ailleurs les évolutions récentes, la comparaison avec le Conseil constitutionnel français se heurte à de sérieuses limites. La distance entre les cultures juridiques nationales française et allemande, notamment fondée sur des conceptions différentes du juge et de la loi, connaît de la sorte une belle illustration.

Plus précisément, dans le cadre de la Loi fondamentale allemande, l'audace dont fait preuve la Cour constitutionnelle fédérale pour trancher des questions souvent politiquement épineuses, voire pour enjoindre aux pouvoirs publics – y compris au législateur – la conduite à tenir, s'appuie sur sa position centrale, tout à la fois de juge constitutionnel et d'organe constitutionnel auto-proclamé, et sur ses importantes compétences. Bien évidemment, cela ne manque pas d'alimenter la discussion relative au rôle politique de la Cour de Karlsruhe, discussion aussi ancienne que la juridiction constitutionnelle elle-même.

Les interrogations actuelles portent en particulier sur sa jurisprudence européenne. S'inscrivant dans la thématique du gouvernement des juges, certains relèvent que ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater que la Cour fédérale, qui se veut gardienne des principes de démocratie et de transparence, soit précisément un organe non élu, rendant au surplus des décisions « *inaccessibles* » (*unnaahbar*) au peuple ne disposant pas des connaissances juridiques et techniques nécessaires à leur compréhension. Et l'on peut alors s'interroger sur cette singularité qui conduit à ce que cette « *non transparence* [lui] *procure la dignité*, [...] *dignité* [qui lui] *procure* [s]a *légitimité* »¹⁰⁰.

D'autres appuient à l'inverse le rôle essentiel attribué à la Cour allemande, notamment en période de crise de confiance et de repères dans les rapports gouvernants/gouvernés. En matière européenne, la porte ouverte laissée à la nécessité, à terme, d'organiser un référendum afin de permettre au peuple de se prononcer « *en pleine liberté de décision* »¹⁰¹, ne marque-t-elle pas la prise de conscience par la Cour des limites de sa propre responsabilité devant l'approfondissement de l'intégration politique et économique de l'Union ? Face à un déficit démocratique – réel ou supposé – comme à l'évolution du rôle de

100 Christian HILLGRUBER et Christoph GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C. F. Müller, 1^{re} éd., 2004 (3^e éd. 2011), p. 19. (« *Intransparenz verschafft Würde, und Würde begründet Legitimität* »).

101 Sur le fondement de l'article 146 LF : « *La présente Loi fondamentale, qui, l'unité et la liberté de l'Allemagne ayant été parachevées, vaut pour le peuple allemand tout entier, devient caduque le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision.* »

l'État, les rapports entre la transparence et la démocratie seront assurément appelés à connaître de nouvelles dimensions – sans doute accompagnées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

La Convention européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des États ?

Patrick WACHSMANN

Le thème qui m'a été proposé est loin d'aller de soi dans la perspective de la Convention et de la jurisprudence à laquelle elle a donné lieu. Le terme ne figure pas dans le texte de la Convention et de ses protocoles additionnels. Les maigres résultats d'une recherche proposant le mot « transparence » au moteur de recherche *Hudoc* sur le site de la Cour européenne des droits de l'Homme¹, le silence total dont font preuve les tables des matières des ouvrages faisant autorité en la matière ne sont certes pas faits pour inciter le chercheur à l'optimisme... Là même où il pourrait penser recevoir quelque appui, ce n'est que déception – ainsi des corollaires de la société démocratique déclinés par la Cour dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 : la trilogie « pluralisme, tolérance, esprit d'ouverture » jamais ne s'accompagne ne serait-ce que d'une allusion à la transparence.

Ne pouvant avoir le mot, peut-on retrouver la chose, c'est-à-dire recenser dans la jurisprudence de la Cour des éléments qui, juxtaposés par le chercheur, reconstitueraient en quelque sorte la transparence si désespérément cherchée ? Disons-le d'emblée, la réponse nous paraît devoir être négative : il n'y a pas, en tant que telle, une obligation générale de transparence que la

¹ La transparence apparaît surtout, dans les arrêts auxquels il est renvoyé à l'aide de ce mot-clé, comme un argument utilisé par l'État pour tenter de justifier la limitation qu'il a imposée à l'un des droits reconnus par la Convention (v. ainsi les arrêts *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France* du 7 juin 2007 et *Ekoglasnost c. Bulgarie* du 6 novembre 2012).

Convention imposerait aux États. Tout au plus peut-on faire mention (sans quoi la présente contribution devrait brutalement se clore, sitôt commencée, par un constat de carence...) de quelques solutions qui, mises en regard les unes avec les autres, permettent d'esquisser un tableau pertinent (du moins, on l'espère) pour le sujet qui nous occupe. Ce relatif constat de carence est, à beaucoup d'égards, surprenant, tant sont forts les liens entre transparence et démocratie – l'ensemble de ce colloque suffirait à en apporter une très éloquente démonstration. La Cour de Strasbourg ne cesse, on y a déjà fait allusion, de placer la notion de société démocratique au cœur de ses raisonnements, au-delà de la mention qu'en fait le second paragraphe des articles 8 à 11 et en référence directe au Préambule de la Convention, aux termes duquel « *un régime politique véritablement démocratique* » est la condition du maintien des libertés fondamentales énoncées et protégées par la Convention. La consécration de la transparence paraît alors s'inscrire dans la logique même du système européen de sauvegarde des droits de l'Homme, on l'attend impatientement... mais finalement, elle ne vient pas, en tout cas pas sous la forme d'une reconnaissance générale de son importance par tel arrêt, grand ou petit...

Une telle constatation permet certes de méditer sur la transparence sans être captif des formules utilisées par la Cour européenne des droits de l'Homme. On échappe, sans y avoir aucun mérite, aux risques de la paraphrase, de la description, voire de l'exégèse.

La première réflexion qui vient à l'esprit consiste à opposer la sphère privée à la sphère publique. Il paraît en effet clair que l'article 8 de la Convention, en consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, a entendu conférer aux individus un droit à la non-transparence, c'est-à-dire un droit de maintenir certains aspects de leur existence à l'abri du regard d'autrui, particuliers et agents publics confondus². La Cour a ainsi déclaré contraires à l'article 8 des investigations portant sur l'orientation et les liaisons sexuelles de militaires³ ou la publication de photographies représentant la fille aînée du prince de Monaco dans des scènes de sa vie quotidienne⁴. L'article 8 n'est d'ailleurs pas le seul à protéger les personnes contre la divulgation indésirable d'informations les concernant. C'est ainsi que la Cour a interprété l'article 9 de la Convention (droit à la liberté de

2 V. Patrick WACHSMANN, « Le droit au secret de la vie privée », in Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2005, p. 119. Dans son opinion sous l'arrêt *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, le juge Pettiti écrivait ainsi : « *La Convention protège la communauté des hommes ; l'homme, de nos jours, a besoin de voir préserver son identité, de refuser la transparence complète de la Société, de garder le secret de sa personnalité.* »

3 Arrêts *Smith et Grady c. Royaume-Uni* et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

4 Arrêt *von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004.

pensée, de conscience et de religion) comme interdisant aux autorités de faire figurer les convictions religieuses parmi les données portées sur des papiers d'identité⁵. En revanche, ces solutions cessent de valoir dès que l'on entre dans le domaine des questions d'intérêt public, qui s'entendent largement, selon la jurisprudence de la Cour, comme toutes celles qui retiennent légitimement l'intérêt du public⁶ et, partant, doivent pouvoir faire l'objet d'un débat aussi ouvert que possible – et nous voici revenus à la notion de société démocratique. Ce sont d'abord les institutions publiques et les membres des instances dirigeantes qui sont concernés par cette exigence. Dès son arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, la Cour a insisté sur le fait que les hommes politiques avaient fait le choix de s'exposer au regard du public et à la critique de leurs faits et gestes, ce qui suppose une forte restriction des limites de ce qu'ils peuvent décider de soustraire à la curiosité et à la critique du public. Cette solution s'exacerbe encore, s'agissant des pouvoirs publics en tant que tels : l'arrêt *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992 précise que l'usage de la voie pénale par le gouvernement devrait être réservé à des cas exceptionnels, tandis que l'arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne* du 15 mars 2011 exige que les poursuites pour offense à la personne du Roi soient strictement limitées et ne puissent remettre en cause la possibilité d'attaquer le monarque en tant que symbole d'un État que l'on doit toujours rester libre de critiquer. Il ressort de cette jurisprudence, placée sous le signe de la société ouverte qu'envisageait Karl Popper, que la politique des dirigeants, comme les pratiques de celles et ceux qui aspirent à les remplacer doivent pouvoir être connues des citoyens autrement qu'à travers la manière dont les intéressés le souhaiteraient. Une société dans laquelle ne seraient audibles que les « éléments de langage » (hideuse expression !) fabriqués par les personnes chargées de la communication politique ne serait assurément pas une société démocratique.

La libre critique est une chose, l'obligation faite aux pouvoirs publics, et, plus largement, à tous les acteurs du débat politique, de mettre eux-mêmes à la disposition du public tous les éléments en leur possession qui seraient propres à nourrir le débat, y compris évidemment ceux qui leur seraient défavorables, en est une autre. Laisser faire et devoir faire ne sauraient se confondre. La Convention va-t-elle jusqu'à exiger des autorités une telle obligation de faire, dans la ligne de la jurisprudence déjà nourrie multipliant les obligations positives à la charge des États parties ? La Cour a apporté à cette question une réponse nette sur le terrain le plus général où une telle obligation aurait pu prospérer, celui de la liberté d'expression consacrée à

⁵ Arrêt *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008.

⁶ Il peut d'ailleurs s'agir d'un groupe restreint, comme, par exemple, les membres d'une communauté de chercheurs.

l'article 10 de la Convention. Récusant explicitement la position qu'avait prise sur ce point la Commission européenne des droits de l'Homme, elle a manifesté une très grande prudence, en refusant de consacrer une obligation générale d'informer à la charge des pouvoirs publics dans l'important arrêt *Guerra c. Italie* du 19 février 1998, qui n'a guère été remis en cause à ce jour. Mais, l'arrêt *Guerra* le montre bien, la Cour n'a pas renoncé à imposer aux États des obligations ponctuelles d'informer spontanément le public lorsque l'importance de la menace existant sur un droit consacré par la Convention lui paraît l'exiger (ainsi d'une menace pesant sur le droit à la vie garanti par l'article 2 ou sur le droit à un environnement sain déduit par la Cour de l'article 8 de la Convention). Se pose également, sans doute en partie (mais en partie seulement) parce qu'une obligation générale de transparence n'a pas été instituée, la question que l'on pourrait appeler celle de la transparence provoquée, voire arrachée. Il s'agit ici des hypothèses où l'information d'intérêt général que possèdent les autorités fait l'objet d'une divulgation par une personne qui n'y est pas autorisée, le plus souvent en violation du secret auquel celle-ci est assujettie.

I. UNE OBLIGATION LIMITÉE DE TRANSPARENCE

L'arrêt *Guerra c. Italie* du 19 février 1998 constitue le moment-clé pour la résolution de la question : à l'inverse de la Commission, la Cour refuse de considérer que l'article 10 de la Convention puisse être interprété comme imposant aux États une obligation générale de transparence. On relèvera immédiatement que sur ce point, et la chose est assez rare, les deux cours régionales chargées de contrôler le respect par les États parties des obligations que la Convention met à leur charge ont une position divergente. Il est vrai que là où l'article 10 de la Convention européenne consacre simplement « *la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* », l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme garantit « *la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce* », conformément à ce qu'énoncent, l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁷ et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'emploi du verbe « *recevoir* » a reçu tout son poids et a permis à la Cour interaméricaine, dans son arrêt *Claude Reyes et a. c. Chili* du 19 septembre 2006, d'énoncer que cet article « *protège le droit de tous les individus de demander l'accès aux informations détenues par l'État, avec les exceptions autorisées par la Convention. En conséquence, cet article*

⁷ Qui utilise le terme « *chercher* ».

protège le droit de recevoir de telles informations et l'obligation positive de l'État de les fournir ». La Cour de San José indique ensuite expressément que « *à cet égard, les actions de l'État doivent être gouvernées par les principes de divulgation et de transparence de l'Administration* » (§ 86 de l'arrêt).

L'opposition des solutions est nette. Celle retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme apparaît aujourd'hui très difficile à expliquer. Elle implique en toute hypothèse que la transparence ne s'impose que dans des hypothèses ponctuelles, progressivement mises au jour par la jurisprudence de la Cour.

A. Le refus d'une obligation générale de transparence

Contrairement à ce qui est parfois soutenu, il nous semble que la jurisprudence *Guerra* n'a pas été, à ce jour, abandonnée par la Cour : la réponse négative qu'elle apporte, en opposition avec ce qu'avait préconisé la Commission, continue de valoir.

1. L'arrêt Guerra ou le refus de la consécration d'un droit d'accès aux documents

L'affaire se rapportait aux risques que faisait courir au voisinage l'usine chimique ENICHEM Agricoltura située à proximité de Manfredonia, où résidaient les quarante requérantes. Au mépris de la réglementation nationale, prise en application de la « directive Seveso » de la Communauté européenne, les autorités n'avaient pas adopté les mesures d'information de la population sur les risques encourus et les mesures à adopter en cas d'accident majeur, alors même que l'usine, qui fabriquait des fertilisants et un composé utilisé pour la fabrication des fibres textiles, avait été classée « *à haut risque* » au sens de la directive. Les requérantes estimaient que l'absence d'adoption par l'État italien des mesures d'information prévues constituait une violation de l'article 10 de la Convention.

Relevant que la dimension essentiellement négative de l'article 10 de la Convention n'est pas exclusive d'obligations positives, notant l'importance que l'information du public revêt actuellement dans la sauvegarde du bien-être et de la santé de la population dans les situations de danger pour l'environnement et insistant sur le fait que le droit à l'information constitue, dans cette hypothèse, un instrument de protection d'autres droits protégés par la Convention, la Commission considère, par 21 voix contre 8, que la liberté de recevoir des informations consacrée à l'article 10 de la Convention doit être interprétée « *comme attribuant un véritable droit de recevoir des informations, notamment de la part des administrations compétentes, dans le chef des*

personnes appartenant à des populations ayant été ou pouvant être affectées par une activité industrielle, ou d'autre nature, dangereuse pour l'environnement. » (§ 47 du rapport de la Commission du 29 juin 1996, *Anna Maria Guerra et trente-neuf autres c. Italie*). La Commission ajoute que l'article 10 impose aux États « des obligations positives de collecte, d'élaboration et de diffusion des informations qui, par leur nature même, ne sont pas directement accessibles et qui ne pourraient être autrement portées à la connaissance du public que par le biais de l'action des pouvoirs publics. » (§ 49 du rapport). Cette dernière formule opère une généralisation de la portée de la solution adoptée à l'entier champ de l'article 10.

Telle est, précisément, la solution que la Cour, saisie de l'affaire, refuse avec une netteté tranchante, dans son arrêt *Guerra c. Italie* du 19 février 1998. Reprenant une partie du § 74 de son arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1984⁸, elle indique que la liberté de recevoir des informations « ne saurait se comprendre comme imposant à l'État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations » et conclut, en conséquence, par 18 voix contre 2, à l'absence d'applicabilité de l'article 10. Le refus est énoncé avec un laconisme inhabituel, sans doute parce que, comme on le verra, la Cour choisit de tout de même donner raison aux requérantes, mais sur un autre terrain juridique, celui de l'article 8 de la Convention. Il n'empêche que la solution eût gagné à être davantage motivée.

2. La persistance de la solution

La jurisprudence qu'on vient de décrire vaut-elle encore aujourd'hui ? Il nous semble qu'une réponse positive continue de s'imposer pour l'instant, en dépit de ce que soutiennent certains, au vu de quelques frémissements perceptibles dans la jurisprudence de la Cour. Ceux-ci procèdent essentiellement, sur le terrain de l'article 10, des arrêts *Tarsasag a Szabadsagjogokért c. Hongrie* du 14 avril 2009 et *Gillberg c. Suède* du 3 avril 2012. Le premier, après avoir rappelé la solution de principe découlant de l'arrêt *Leander* et de la décision *Loiseau*, indique que « Néanmoins, la Cour a récemment avancé vers une interprétation plus large de la notion de 'liberté de recevoir des informations'

8 « Quant à la liberté de recevoir des informations, elle interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir. Dans les circonstances du genre de celles de la présente affaire, l'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige le gouvernement à les lui communiquer. » V. également l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 52, ainsi que la décision *Loiseau c. France* du 18 novembre 2003, qui indique qu'« il est difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif ».

(*décision Sdruzeni Jihoceske Matky c. République tchèque, 10 juillet 2006*⁹) et, par là, vers la reconnaissance d'un droit d'accès à l'information », avant de conclure, à l'unanimité, qu'en l'espèce, l'impossibilité, pour le requérant, d'accéder à des informations couvertes par un monopole détenu par une institution publique devait s'analyser en une gêne disproportionnée infligée à la liberté des médias d'informer sur les sujets d'intérêt général plus qu'en un refus d'un droit général d'accès aux documents officiels. La technique du *distinguishing* permet en l'occurrence de contourner une solution de principe qu'il n'était évidemment pas dans les pouvoirs de la 2^e section de la Cour de renverser. L'arrêt, rendu en Grande Chambre le 3 avril 2012 dans l'affaire *Gillberg c. Suède*, aurait pu, en revanche procéder à un tel revirement. Il ne nous paraît pas que tel ait été le cas. L'arrêt réaffirme en effet la jurisprudence *Leander/Gaskin* (§ 83), avant d'envisager l'affaire sous l'angle d'un « *droit négatif à la liberté d'expression* », en l'espèce celui, pour un chercheur, de refuser de permettre à des tiers, en l'espèce deux de ses collègues, l'accès au dossier de recherche qu'en tant qu'universitaire il avait réalisé en vue d'une étude de neuropsychiatrie, alors qu'une décision de justice avait enjoint à l'Université de Göteborg, propriétaire de ces travaux, de le faire.

La Cour estime, à ce titre, ne pouvoir reconnaître au requérant le droit de s'opposer à la divulgation prescrite par les juridictions suédoises, parce qu'il irait à l'encontre du droit de propriété de l'université. Elle ajoute (§ 93 de l'arrêt) : « *De plus, pareille conclusion [celle favorable à la thèse du requérant] porterait atteinte aux droits de K. et de E. [les chercheurs qui avaient obtenu satisfaction dans leur demande d'accès au dossier de recherche], découlant de l'article 10 et reconnus par la cour administrative d'appel, de recevoir des informations par le biais de la consultation des documents publics en question, ainsi qu'à leurs droits résultant de l'article 6 d'obtenir l'exécution des arrêts définitifs de la cour administrative d'appel* ». Au droit à l'exécution des décisions de justice définitives, en vertu de l'article 6, répondrait ainsi désormais un droit de recevoir des informations au moyen d'une consultation de documents publics,

⁹ Cette décision, qui rappelle également la jurisprudence *Leander/Loiseau*, rejette comme manifestement mal fondée une requête qui avait refusé à la requérante l'accès à l'information qu'elle sollicitait à propos d'une centrale nucléaire. C'est parce que la loi tchèque prévoyait le principe du libre accès aux documents administratifs que la Cour a considéré que le rejet de la demande « *a constitué une ingérence au droit de la requérante de recevoir des informations* », solution qui, comme on le verra, anticipe celle de l'arrêt *Gillberg c. Suède*. C'est dans le cadre strict de ce que prévoyait la législation en cause que se place la Cour pour estimer que la requérante n'avait pas démontré le caractère justifié de sa demande de communication du document litigieux. La Cour relève certes que la décision nationale de refus était motivée et non entachée d'arbitraire, mais son contrôle ne s'exerce qu'à travers le filtre de ce que prévoyait la législation tchèque, en dépit d'une formule qui peut prêter à équivoque (« *La Cour estime en effet que l'article 10 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant le droit absolu d'accéder à tous les détails techniques relatifs à la construction d'une centrale, car, à la différence des informations concernant l'impact environnemental de celle-ci, de telles données ne sauraient relever de l'intérêt général* »).

en vertu de l'article 10. Il nous semble difficile de considérer cette unique phrase comme signifiant un abandon de la solution de principe de l'arrêt *Guerra*, surtout après la référence faite aux arrêts *Leander* et *Gaskin*. Pour signifier la reconnaissance d'un droit à la transparence déduit de l'article 10, la Grande Chambre de la Cour aurait évidemment procédé de manière plus explicite. La phrase qu'on vient de citer nous paraît simplement indiquer que la reconnaissance d'un droit d'accès aux documents est conforme à l'article 10, s'inscrit dans la droite ligne de cette disposition. Il serait téméraire d'en déduire la consécration d'une obligation qu'il en aille ainsi, alors surtout que tel n'était pas en l'espèce le problème, qui se situait, au contraire, sur l'autre versant du droit d'accès, celui d'une possibilité de refus. En d'autres termes, la Cour a pris acte de ce que le droit suédois consacrait un droit d'accès, mis en œuvre par les juridictions nationales (mention des droits de K. et de E. « *reconnus par la cour administrative d'appel* »), elle a considéré une telle situation comme s'inscrivant dans la logique de l'article 10, mais elle n'a pas exigé des États qu'ils consacraient un tel droit d'accès, alors que l'affaire ne la conduisait en rien à le faire.

La suite de l'arrêt confirme cette analyse. Pour refuser la revendication, par le requérant, d'un droit à la protection des sources calqué sur celui conféré aux journalistes par la jurisprudence de la Cour, celle-ci met l'accent sur le fait que c'était l'université qui était propriétaire des éléments litigieux du dossier de recherche et qu'ils relevaient « *dès lors du domaine public* ». La Cour poursuit « *Lesdits éléments étaient donc soumis, en vertu de la loi sur la liberté de la presse et de la loi sur le secret, au principe de l'accès du public aux documents officiels, qui permet explicitement aux citoyens et aux médias d'exercer un contrôle sur l'État, les municipalités et les autres composantes du secteur public, ce qui contribue au libre échange des opinions et des idées et à une gestion efficace et correcte des affaires publiques* » (§ 95 de l'arrêt). Ce que relève ici la Cour, c'est la conformité d'un libre accès aux documents administratifs aux valeurs de la Convention, la particulière affinité entre l'article 10 et la législation en cause, ce n'est pas, ce n'est toujours pas, l'obligation pour les États, sous l'article 10, de prévoir un tel droit d'accès. Le passage par le droit national demeure nécessaire, pour l'instant, pour que soit reconnu le droit en question (« en vertu » des deux lois mentionnées, dit l'arrêt). L'arrêt de chambre rendu le 2 novembre 2010 dans cette affaire relevait d'ailleurs, en résumant « *le droit et la pratique internes pertinents* » (§ 35), que « *Le principe de l'accès du public aux documents officiels (offenlighetsprincipen) est ancré en Suède depuis plus de deux cents ans et constitue l'une des pierres angulaires de la démocratie suédoise.* » et qu'il revêt dans ce pays un caractère constitutionnel.

Placer les droits des chercheurs auxquels avait été judiciairement reconnu un droit d'accès sous les auspices conjugués des articles 10 et 6 de la Convention renforce utilement la conclusion à laquelle parvient la Cour

à l'unanimité : « *il n'y a pas eu atteinte aux droits du requérant découlant de l'article 10 de la Convention. Dès lors, cette disposition ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce* » (§ 97 de l'arrêt de Grande Chambre). Le conflit de droits annoncé n'en est pas un en réalité : la gibecière de l'un des protagonistes s'avère désespérément vide.

La reconnaissance que le droit d'accès s'accorde particulièrement bien avec les exigences de l'article 10 prélude-t-elle à un renversement du refus de principe exprimé dans l'arrêt *Guerra*¹⁰ ? Il nous paraît prématuré de l'affirmer.

3. *Un revirement qui s'inscrirait dans la logique de la jurisprudence de la Cour*

Ce qui est certain, c'est que la solution *Guerra*, par sa timidité excessive, est aujourd'hui en complet décalage par rapport aux exigences contemporaines de la démocratie, de sorte que le dynamisme qui, d'une manière croissante, anime la jurisprudence de la Cour devrait en venir à bout rapidement. La mention, dans l'arrêt *Gillberg*, de la contribution d'un principe de libre accès aux documents administratifs à la libre discussion des affaires publiques va évidemment dans ce sens. Elle rejoint les raisonnements menés par la Cour interaméricaine au soutien de la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'État, dans son arrêt *Claude Reyes et a. c. Chili*. Y est en effet mentionné, comme plus tard dans l'arrêt *Gillberg*, le fait que la transparence de l'Administration publique permet à toute personne placée sous la juridiction de l'État d'exercer un contrôle démocratique sur l'action de celui-ci et ainsi de rechercher si les fonctions publiques ont été exercées correctement. La Cour ajoute que l'accès aux informations d'intérêt public détenues par l'État peut permettre la participation des individus à l'Administration publique à travers le contrôle ainsi assuré. Il y va, dit encore la Cour, de la transparence des activités étatiques et de la responsabilité des autorités de l'État dans l'accomplissement de leurs fonctions. La conclusion de la Cour interaméricaine est la suivante (§ 92 de l'arrêt) : « *La Cour observe que dans une société démocratique, il est essentiel que les autorités publiques soient soumises au principe d'une divulgation maximale, qui établit la présomption que toutes les informations sont accessibles, sous réserve d'exceptions limitativement établies.* » En dépit du poids particulier conféré au principe démocratique dans l'interprétation de la Convention américaine, il n'est rien dans ces propositions et arguments qui soit étranger au système européen ou même qui ne lui soit pas pleinement accordé. À côté de cette constatation, l'argument de texte pris de l'absence de consécration de la liberté

10 V. en ce sens Martha SPURRIER, « Towards a Right of Access to Information under Article 10 ? », *Eur. HR Law Review*, 5, 2012, p. 551. L'auteur voit dans l'arrêt *Gillberg* « *a real shift in the Article 10 jurisprudence* ».

de rechercher l'information dans l'article 10 de la Convention européenne, si délibéré qu'elle soit, est de peu de poids. On remarquera qu'à aucun moment, la Cour ne l'a mentionné au soutien des solutions *Leander*, *Gaskin*, *Guerra* ou *Loiseau*, avant de rappeler que la Cour n'hésite pas à s'affranchir des contraintes textuelles, lorsque cela lui paraît commandé par l'évolution des conceptions au sein de la communauté des États membres du Conseil de l'Europe¹¹. Bien mieux, l'arrêt *Reyes* de la Cour interaméricaine, comme d'ailleurs la reconnaissance d'un droit d'accès aux documents par l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constituent autant d'éléments militant en faveur de la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations d'intérêt public détenues par les autorités publiques déduit de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. On sait en effet que dans son arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, la Cour a clairement indiqué qu'elle entendait s'inspirer de toute donnée fournie par le droit international des droits de l'Homme pour faire prévaloir une interprétation aussi dynamique que possible de la Convention. En l'espèce, tout concourt à la reconnaissance d'un droit d'accès aux documents administratifs en vertu de l'article 10¹².

En attendant qu'elle advienne, la transparence, si elle n'est pas fondée sur un principe général issu de l'article 10, n'en existe pas moins dans une série non négligeable d'hypothèses, à commencer par celle de l'affaire *Guerra* elle-même.

B. Une obligation ponctuelle de transparence en cas de menace suffisamment importante sur l'exercice des droits reconnus par la Convention

Il en va ainsi d'abord dans l'arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, puis dans le cadre de dispositions spécifiques de celle-ci.

¹¹ C'est le cas, par exemple, de la consécration de la rétroactivité *in mitius*, pourtant non incluse dans le texte de l'article 7 (arrêt *Scoppola c. Italie* (n° 2) du 17 septembre 2009) ou de la qualification de la peine de mort comme peine inhumaine et dégradante, contraire à la prohibition de l'article 3, en dépit de sa mention dans la deuxième phrase de l'article 2 (arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* du 2 mars 2010).

¹² L'ancrage d'un tel droit dans les principes mêmes de la démocratie éloignerait d'ailleurs de ce qu'avait été la position de la Commission européenne des droits de l'Homme. Celle-ci était partie de l'idée que l'article 10 ne pouvait être invocable qu'à l'appui d'une demande d'accès à des documents « présentant une importance particulière » pour la situation de l'intéressé (décision du 3 octobre 1979, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, D.R. 17, p. 227 – v. aussi 7 avril 1997, *Grupo Interpres S. A. c. Espagne*, D. R. 89-A, p. 150, relevant que la requérante « réclamait un droit général d'accès aux archives des greffes des tribunaux et non pas un droit d'accès à des décisions concrètes »).

1. *La translation de l'obligation de transparence de l'article 10 à l'article 8 dans l'arrêt Guerra*

L'inflexibilité de la Cour, au regard de la position libérale retenue par la Commission dans cette affaire n'est qu'apparente. En réalité, la Cour conclut également à la violation de la Convention, simplement, elle change, comme elle en avait le pouvoir dans le système antérieur au 11^e Protocole, le fondement de la solution, en décidant de faire sur le terrain de l'article 8 ce qu'elle avait refusé de faire sur celui de l'article 10. Mettant en œuvre sa jurisprudence faisant procéder le droit à un environnement sain des dispositions de l'article 8, la Cour indique que « *L'influence directe des émissions nocives [émanant de l'usine située à proximité immédiate des maisons des requérantes] sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permet de conclure à l'applicabilité de l'article 8* », avant d'entreprendre la vérification que les autorités ont pris les mesures nécessaires pour assurer la protection effective des droits que les intéressées tirent de cette disposition. C'est à l'unanimité que la Cour conclut à la violation de l'article 8, compte tenu du fait qu'« *En l'espèce, les requérantes sont restées, jusqu'à l'arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine. La Cour constate donc que l'État défendeur a failli à son obligation de garantir le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale, au mépris de l'article 8 de la Convention.* » (§ 60 de l'arrêt). L'article 8 est bien à l'origine d'une obligation d'informer, d'une obligation de transparence à la charge des autorités. Mieux, l'étendue de cette obligation correspond exactement à celle qui résultait de l'interprétation faite par la Commission de l'article 10 dans la présente affaire. On relèvera d'ailleurs que certains membres de la Commission avaient soit réservé la question de l'article 8 (MM. Danelius et Lorenzen), soit estimé que la solution eût plutôt dû être fondée sur l'article 8 (M. Schermers, M^{me} Thune, MM. Nowicki, Conforti et Bratza).

Il semble possible de déduire de la solution adoptée par la Cour dans cette affaire qu'une obligation de livrer les informations en leur possession pèse sur les autorités à chaque fois que le refus de le faire empêche le titulaire d'un droit conféré par la Convention d'exercer utilement ce dernier.

2. *Généralisation de la solution Guerra : l'obligation de transparence, élément de l'effectivité de la jouissance des droits reconnus par la Convention*

Comme souvent, l'avancée que représente l'arrêt *Guerra* repose sur l'idée selon laquelle les droits inscrits dans la Convention doivent être des droits

« non pas théoriques ou illusives, mais concrets et effectifs », selon la formule employée pour la première fois dans l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979. En l'espèce, le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes supposait, pour être effectif, qu'elles soient adéquatement informées de l'ampleur des risques que leur faisait courir la proximité d'une usine que les autorités elles-mêmes considéraient comme présentant un grand danger. Ce raisonnement conduit à imposer une obligation de transparence à chaque fois qu'un droit quelconque, conféré par la Convention, subirait une atteinte comparable, au cas où les autorités refuseraient de communiquer aux intéressés une information qu'elles détiennent. Dans l'affaire *Guerra*, il est indiqué qu'« *Eu égard à la conclusion relative à la violation de l'article 8, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner l'affaire aussi sous l'angle de l'article 2.* » (§ 62 de l'arrêt). Les opinions concordantes de deux juges (MM. Walsh et Jambrek) font valoir qu'en l'espèce, le droit à la vie des requérantes se trouvait également en cause.

Comme on le sait, le développement ultérieur de la jurisprudence sur l'article 2 n'a pas manqué d'exiger des États qu'ils fournissent aux personnes placées sous leur juridiction toutes les informations utiles à la sauvegarde de leur vie. Si l'État est informé de l'existence d'un risque pesant sur la vie de certaines personnes, il lui incombe de communiquer à ces dernières les informations en question, compte tenu de la gravité de l'enjeu. C'est ce que montre nettement l'arrêt de Grande Chambre *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004. N'ignorant rien de l'ampleur du risque d'explosion du gaz accumulé dans la décharge d'ordures à proximité de laquelle un bidonville avait été illégalement édifié, les autorités avaient le devoir impérieux de prendre toutes les mesures propres à convaincre les habitants de se soustraire à ce risque mortel, c'est-à-dire à aller loger ailleurs. Ces mesures eussent dû comprendre non seulement la mise en œuvre des voies légales propres à assurer la sécurité des personnes concernées, mais aussi, à tout le moins, une information précise sur les risques que leur faisait courir la continuation de leur présence à cet endroit. L'arrêt de chambre du 18 juin 2002 faisait explicitement reposer ce devoir d'information sur un raisonnement *a fortiori* mené à partir du précédent *Guerra* (§ 84 de l'arrêt). L'arrêt de Grande Chambre ratifie clairement cette solution, lorsqu'il indique, dans son § 90, qu'au nombre des mesures préventives que doit prendre l'État face à un danger pesant sur la vie des particuliers, « *il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention. En effet, avec la chambre [...], la Grande Chambre convient que ce droit, qui a déjà été consacré sur le terrain de l'article 8 (Guerra et autres c. Italie), peut également en principe être revendiqué aux fins de la protection du droit à la vie, d'autant plus que cette interprétation serait confortée par l'évolution actuelle des normes européennes* », renvoi étant fait sur ce point à la

résolution prise par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe suite à l'accident de Tchernobyl. L'imposition à l'État d'une obligation d'informer est, ici également, destinée à « *permettre aux habitants du bidonville d'Ûmra-niye d'évaluer les risques pouvant résulter pour eux de leur choix* » (§ 108 de l'arrêt de Grande Chambre).

La Cour indique cependant que l'État ne peut être tenu quitte de ses obligations s'il se contente d'informer : les obligations positives qui pèsent sur lui commandent de sa part un engagement plus important dans la sauvegarde des vies humaines. Il s'avère que la carence des autorités quant à leur obligation d'information des populations n'est qu'un élément d'un tableau d'ensemble faisant apparaître la défaillance de l'État quant à son obligation de protéger le droit à la vie. Ce trait se retrouve dans l'arrêt *Boudaïeva c. Russie* du 20 mars 2008, à propos d'une catastrophe naturelle, une coulée de boue, ayant causé de nombreuses pertes de vies humaines. Quoiqu'averties du danger que courait un village situé en contrebas d'une montagne notoirement instable, les autorités n'avaient ni débloqué les crédits nécessaires à l'entretien des digues destinées à contenir les flots de boue en cas de précipitations, ni mis en place un système d'alerte propre à éviter que les populations menacées ne soient surprises par les coulées de boue, ni même diffusé le minimum d'informations utiles. La Cour relève, au § 152 de son arrêt, qu'au vu des données portées à leur connaissance, l'« *on pouvait raisonnablement attendre des autorités qu'elles prissent conscience du risque accru d'accidents en cas de coulée de boue cette année-là et fassent preuve de toute la diligence nécessaire en informant la population civile et en adoptant à l'avance un dispositif d'évacuation d'urgence. En tout état de cause, informer la population des risques constituait l'une des mesures pratiques majeures qu'imposait le souci d'une protection effective des citoyens concernés.* » Non seulement, il n'y avait eu aucune mise en garde préventive, mais encore, l'ordre d'évacuation pris après que se fut produite la première coulée de boue n'avait même pas été porté à la connaissance des intéressés, y compris de ceux qui avaient regagné leur domicile. On le voit, l'absence de toute information qui eût été propre à permettre de sauver des vies face à un danger connu de catastrophe naturelle n'est qu'une facette de la défaillance des autorités. Informer est un minimum, dont seules les singularités de l'affaire soumise à la Cour pourraient établir le caractère suffisant.

Il est toutefois à souligner que, même dans un contexte de carence aussi massive des autorités, la Cour prend soin de mettre au jour l'absence de fourniture des informations adéquates. Elle juge essentiel qu'au moins les intéressés soient tenus informés des dangers qu'ils courent. Les citoyens (l'emploi du mot par l'arrêt *Boudaïeva* est caractéristique) doivent être traités comme tels par les pouvoirs publics : ils ne sont pas des sujets que les dirigeants seraient libres de traiter comme ils l'entendent, mais des membres

actifs de la société politique, dotés de dignité et de raison, qu'il convient, en cette qualité, de respecter, au moins en dispensant les informations utiles à la prise, par chacun, de décisions éclairées par les données nécessaires.

Dans ce contexte, l'obligation d'informer est aussi la contrepartie du monopole détenu par les autorités. Comme le relevait l'arrêt de chambre dans l'affaire *Öneriyildiz c. Turquie* (§ 86) : « les informations dont il s'agit n'auraient pu être autrement portées à la connaissance du public que par une action des pouvoirs administratifs qui les détenaient ». Nous sommes ici au cœur de la notion de transparence, dans son lien avec la société démocratique et les valeurs sur lesquelles celle-ci repose.

Tel est également le cas lorsque la transparence est exigée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le déroulement de l'enquête dont elle impose l'ouverture afin d'assurer l'effectivité de la protection du droit à la vie, de celui de n'être pas soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants ou du droit de n'être pas victime de privations de liberté arbitraires. En cas de perte de vie humaine dans des conditions suspectes, d'allégation crédible de traitements contraires à l'article 3 de la Convention, de négation massive des garanties offertes à la liberté individuelle par l'article 5 de celle-ci, les investigations que l'État doit réaliser ont pour but de rendre manifeste sa volonté de ne pas permettre que de telles atteintes aient lieu sur le territoire soumis à sa juridiction, ce qui suppose que les auteurs de telles atteintes soient identifiés et punis conformément à la loi, afin de ne pas accréditer l'idée d'une possible impunité en de tels cas. C'est d'abord à propos du droit à la vie qu'une telle obligation d'enquête a été dégagée. Il s'agit, selon les propres termes de la Cour, de « *préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux* » (arrêt *Kelly et autres c. Royaume-Uni* du 4 mai 2001). Cette finalité assignée à l'enquête explique que, parmi les caractéristiques qu'elle doit présenter pour satisfaire aux exigences développées par la Cour au fil des espèces dont elle a eu à connaître, figure la transparence. Il ne suffit pas que l'enquête ait été menée avec diligence, impartialité et efficacité, encore faut-il, en premier lieu, que le public soit convaincu de son sérieux et, partant, de la détermination des autorités à faire la lumière sur les faits et les responsabilités éventuellement encourues. On retrouve ici les principes à l'origine du recours à la théorie des apparences, à savoir les égards dus à l'opinion des citoyens et à la confiance que doivent, en démocratie, leur inspirer les institutions¹³. L'obligation d'enquête a ensuite été transposée, avec l'intégralité de ses exigences, publicité incluse, dans le domaine de l'article 3 (arrêt *Assenov c. Bulgarie* du 28 octobre

¹³ V. Patrick WACHSMANN, « Éloge de la théorie des apparences en matière juridictionnelle », in *Studi in onore di Claudio Zanghi*, Giapichelli, 2012, vol. IV, p. 683-692.

1998) et, en cas de « disparition », c'est-à-dire d'arrestation et de détention de personnes sans aucun respect des formes requises en la circonstance, dans celui de l'article 5 (arrêt *Kurt c. Turquie* du 25 mai 1998). Un élargissement du champ de cette obligation aura lieu, sans aucun doute, à chaque fois que le respect effectif des différents droits garantis par la Convention l'exigera aux yeux de la Cour – on pense en particulier à l'article 4, notamment à propos d'hypothèses de « servitude domestique ».

La Cour a également jugé que l'exigence d'un procès équitable posée par l'article 6 de la Convention comportait la motivation des décisions de justice, encore que le texte ne fasse aucune mention de celle-ci. Entendue comme une implication évidente de l'article 6 dès l'arrêt *H. Belgique* du 30 novembre 1987, cette obligation a donné lieu à des précisions importantes quant à sa raison d'être, à propos de l'épineuse question de l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises dans l'arrêt de Grande Chambre *Taxquet c. Belgique* du 16 novembre 2010. Une fois encore, la Cour fait référence aux attentes des citoyens d'une société démocratique : « pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire. Or, comme la Cour l'a déjà souvent souligné, la prééminence du droit et la lutte contre l'arbitraire sont des principes¹⁴ qui sous-tendent la Convention [...] Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique » (§ 90 de l'arrêt). L'obligation de rendre compte de ses raisons permet de s'assurer que l'État démocratique reste fidèle à sa nature, que ses institutions n'oublient jamais ce qu'elles doivent aux citoyens et, au premier chef, à ceux auxquels elles sont directement confrontées.

Telle est aussi la préoccupation que traduit l'article 5, § 2, de la Convention, qui énonce : « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. » La détresse d'une personne privée de sa liberté ne doit pas être aggravée par l'angoisse de ne pas comprendre pourquoi les autorités ont ainsi agi à son encontre : il y a incompatibilité essentielle entre la société démocratique et l'actualisation de l'intrigue du *Procès* de

¹⁴ Ce pluriel peut surprendre, dans la mesure où il paraissait acquis que la prohibition de l'arbitraire était impliquée par la notion de prééminence du droit (arrêts *Winterwerp c. Belgique* du 24 octobre 1979, § 39, et *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, § 68, ce dernier énonçant : « la 'loi' irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante [...] pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »). V. Patrick WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, 1997, p. 241.

Kafka. La Cour a veillé à interpréter cette disposition d'une manière pragmatique, qu'exprime la formule : « *toute personne arrêtée doit savoir pourquoi* » (arrêt *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, § 40) et qui implique, concernant l'ampleur des informations à fournir et le moment requis pour ce faire, que la personne privée de liberté en reçoive « *assez et suffisamment tôt* » (*ibid.*).

L'ensemble de ces solutions, s'il ne signifie pas l'instauration d'une obligation générale de transparence, n'en impose pas moins aux États de tenir compte, dans une mesure croissante, des inquiétudes légitimes d'une opinion désireuse de vérifier que les institutions fonctionnent bien conformément à ses attentes et selon les modalités prescrites. Dans les cas extrêmes, la Cour européenne des droits de l'Homme est même allée jusqu'à admettre que certains prennent l'initiative de divulguer des informations détenues par l'État, sans encourir les sanctions qu'appellerait normalement leur conduite. C'est ce que l'on appellera la transparence forcée, qui ne peut évidemment exister qu'à titre exceptionnel.

II. UNE POSSIBILITÉ LIMITÉE DE TRANSPARENCE FORCÉE

Lorsqu'un État refuse de divulguer des informations que lui seul détient, des fonctionnaires révoltés contre cette obstruction institutionnelle peuvent décider de prendre les devants et de faire circuler ces informations, notamment par l'intermédiaire de journalistes assurant leur diffusion. Ceux-ci peuvent également, au cours de leurs investigations, avoir connaissance d'informations normalement secrètes, auxquelles ils accèdent par des voies plus ou moins détournées, et décider de les livrer au public. Les sanctions prises par les autorités suite à ces divulgations, pour atteinte à un secret officiel, complicité ou recel des données couvertes par le secret ou publication de celles-ci constituent-elles des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression permises par les termes de l'article 10, § 2, dont il faut rappeler qu'il envisage explicitement « *la divulgation d'informations confidentielles* » parmi les causes légitimes de restriction qu'il mentionne ? Quoique la réponse soit en principe affirmative, la Cour a été amenée à prévoir des hypothèses dans lesquelles la transparence forcée recevrait, malgré tout, la protection de la liberté d'expression. Mais la Cour a enfermé cette transparence forcée légitime dans d'étroites limites, en ce qui concerne aussi bien son champ que les modalités de sa réalisation.

A. *Étroitesse du champ laissé aux divulgateurs spontanés*

L'expression anglo-saxonne « *whistle-blower* » a été traduite tantôt par lanceur ou donneur d'alerte, tantôt par dénonciateur. Elle a fait l'objet d'une consécration par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dont la résolution 1729 (2010) s'intitule « *Protection des 'donneurs d'alerte'* » (en anglais : « *Protection of 'whistle-blowers'* ») et « *reconnait l'importance des 'donneurs d'alerte' – toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui – car ils permettent de renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la corruption et la mauvaise gestion, dans le secteur tant public que privé* ». Le terme apparaît dans la jurisprudence de la Cour sur la liberté d'expression avec l'arrêt *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011, mais c'est l'arrêt de Grande Chambre *Guja c. Moldova* du 12 février 2008 qui fixe les principes applicables en ce cas, s'agissant du secteur public. La jurisprudence antérieure de la Cour avait déjà permis, cependant, de poser un certain nombre des règles applicables dans le cas de figure qui nous occupe.

La première solution dégagée par la Cour conduit à fortement restreindre le champ de la confidentialité invocable par l'État. Il a en effet été jugé très tôt qu'une information ne peut être qualifiée de confidentielle qu'avant sa première divulgation. Cela peut paraître une lapalissade, mais emporte cette conséquence fondamentale qu'un secret porté, par quelque moyen que ce soit, à la connaissance du public n'est plus susceptible d'être protégé comme tel, quelles qu'aient été les conditions – licites ou illicites - de sa transgression. Il est ainsi acquis depuis l'arrêt *Weber c. Suisse* du 22 mai 1990 qu'une condamnation pour violation du secret de l'instruction ne saurait intervenir s'il s'avère que les éléments litigieux avaient déjà été portés antérieurement à la connaissance du public. Cette logique apparaît particulièrement bien dans l'arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, dans lequel, à propos de l'interdiction qui avait été faite aux requérants de publier des révélations sur le fonctionnement des services secrets britanniques faites par un ancien agent, la Cour distingue deux périodes : l'une au cours de laquelle la confidentialité des informations avait pu être sauvegardée, l'autre, postérieure à la publication du livre aux États-Unis. Elle estime que durant la première période, l'interdiction pouvait apparaître justifiée au regard de l'article 10, compte tenu de l'intérêt légitime qu'ont les autorités à ne pas permettre que soient livrées au public des informations par nature destinées à rester secrètes. En revanche, elle juge que la parution de l'ouvrage aux États-Unis, qui n'avait pu être empêchée, emportait disparition radicale et définitive du secret, parce qu'il n'est pas concevable que sa divulgation ne puisse se propager à l'intérieur des frontières du Royaume-Uni – un voyageur, par

avion ou par bateau, au moins parviendra à introduire le livre au Royaume-Uni, sans que l'on puisse l'en empêcher. Cette solution, adoptée avant l'ère d'Internet, vaut *a fortiori* lorsqu'il suffit d'un clic pour que les données franchissent les frontières... Elle a l'inconvénient d'accorder une prime aux violateurs des secrets, mais le mérite du réalisme. La transparence, une fois obtenue, n'a ni mesure ni frontière.

La Cour a également insisté sur le fait que certaines matières excluaient l'invocation du secret, qu'elles étaient en somme par nature transparentes. Il en va ainsi dès lors que l'on pénètre dans le domaine des questions d'intérêt public, en dépit du caractère confidentiel *a priori* attaché aux informations en cause. L'arrêt *Fressoz et Roire c. France* du 21 janvier 1999 décide ainsi que la condamnation des requérants pour recel de violation du secret professionnel méconnaissait les exigences de l'article 10, dans la mesure où « *l'écrit litigieux apportait une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général* », en l'espèce un conflit social justifiant, compte tenu notamment de son objet (le refus des hausses de salaire demandées par le personnel de Peugeot), que puisse être publié le support de l'information faisant état de ce que le PDG de l'entreprise avait vu sa propre rémunération augmenter de 45 %, alors même que l'avis d'imposition en question était couvert par le secret fiscal. Assimilant les informations, dont la divulgation était licite, et leur support, dont la publication était destinée à attester leur crédibilité, la Cour conclut que « *la condamnation des journalistes ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés* ». C'était déjà indiquer que l'importance donnée à la libre discussion des questions d'intérêt général avait toutes chances de rendre l'invocation du secret inefficace dans leur domaine. L'arrêt *Plon (Société) c. France* du 18 mai 2004 le confirme avec netteté à propos de l'interdiction définitive du livre du docteur Gubler, ancien médecin personnel du Président François Mitterrand, dans lequel étaient livrées, au mépris flagrant du secret médical, des informations extrêmement intimes sur la manière dont celui-ci avait affronté le cancer dont il était atteint. La Cour admet certes que l'interdiction du livre pouvait répondre à la condition de nécessité posée par l'article 10 durant la période immédiatement postérieure au décès du Président, compte tenu de l'impact de la publication sur ses proches en deuil¹⁵, de même que l'infliction de sanctions à l'encontre du médecin et de l'éditeur. En revanche, elle juge disproportionnée l'interdiction définitive de l'ouvrage en insistant sur le fait que « *la publication de cet ouvrage s'inscrivait dans un débat d'intérêt général alors largement ouvert en France et relatif en particulier au droit des citoyens d'être, le cas échéant, informés des affections graves dont souffre le chef de l'État, et à*

15 La Cour les qualifie d'« *ayants-cause* » (§ 47 de l'arrêt), parce qu'elle les envisage avant tout, assez illogiquement en l'espèce, comme héritiers du droit au respect de la vie privée du Président défunt – mais alors, pourquoi parler d'un « *chagrin* » qui ne peut que leur être personnel ?

l'aptitude à la candidature à la magistrature suprême d'une personne qui se sait gravement malade. Plus encore, le secret imposé – selon la thèse de l'ouvrage – dès l'apparition de la maladie, par le Président Mitterrand, sur l'existence de son mal et sur son évolution, du moins jusqu'à la date où l'opinion publique fut informée (plus de dix ans après) pose la question d'intérêt public de la transparence de la vie politique. » (§ 44 de l'arrêt). Cette rare occurrence du terme transparence dans la jurisprudence de la Cour est significative : on a ici l'impression que la condamnation de l'État, en dépit de la violation manifestement grave d'un secret, permet à la société civile de répondre par des contre-mesures au refus des autorités de jouer le jeu de la démocratie. La prise en compte par la Cour du « *passage du temps* » la conduit à poser que « *plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical* » (§ 53 de l'arrêt). L'argument lui a paru plus solide que celui, néanmoins utilisé par la suite, tiré de ce que le commencement de la diffusion de l'ouvrage (environ 40000 exemplaires avaient été vendus) et les nombreux commentaires qu'il avait déjà suscités avaient anéanti le secret protégé (la Cour préfère dire que les informations en cause avaient « *perdu l'essentiel de leur confidentialité* », ce qui relève de l'euphémisme et pose en réalité la question de la pertinence de la jurisprudence *Observer et Guardian* évoquée plus haut).

L'effet dissolvant qu'a pour le secret la mise en jeu d'un débat d'intérêt public est, en toute hypothèse, manifeste. La comparaison¹⁶ avec l'arrêt *von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, rendu un peu plus d'un mois plus tard, le 24 juin 2004, le confirme, puisque c'est la constatation que la princesse « *n'exerce aucune fonction au sein ou pour le compte de l'État monégasque ou de l'une de ses institutions* » (§ 62 de l'arrêt) qui conduit la Cour à estimer qu'aucun débat politique ou public ne se trouvait en cause en l'espèce, mais seulement « *la curiosité d'un certain public* » (§ 65) pour la vie privée des personnalités, avec pour conséquence une prévalence du droit au respect de la vie privée de la requérante sur le droit à la liberté d'expression. Ajoutons que la différence de la solution de ce dernier arrêt avec celui rendu en Grande Chambre dans l'affaire *von Hannover c. Allemagne (n° 2)* le 7 février 2012 accentue encore le caractère radical des effets qu'emporte ce critère. La Cour a en effet considéré comme acceptable « *la qualification de la maladie du prince Rainier d'événement de l'histoire contemporaine* » (§ 118 de l'arrêt) qu'avaient opérée les juridictions nationales pour considérer comme justifiée la publication de photos qui représentaient la princesse et son mari dans les rues de Saint-Moritz où ils passaient des vacances durant la maladie de leur

16 V. Patrick WACHSMANN, « Secrets petits et grands. Sur deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (*Société Plon c. France* du 18 mai 2004 et *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004) », *L'Europe des libertés*, n° 14, 2004, p. 3.

père et beau-père. Une fois encore, l'admission de l'existence d'un débat d'intérêt général emporte tout sur son passage, y compris le secret revendiqué par les requérants et la question, qu'il faudrait tout de même poser, de la pertinence de la publication des clichés (ou des informations) au regard dudit débat.

En mettant à part l'affaire *Gubler*, évoquée plus haut, la question de la transgression délibérée du secret par un agent ou un salarié qui y est assujéti par son état n'a surgi qu'assez tardivement dans la jurisprudence, pourtant fournie, sur la liberté d'expression. Comme auparavant l'affaire *Fressoz et Roire*, l'affaire *Stoll c. Suisse*, jugée en Grande Chambre le 10 décembre 2007, mettait en cause la publication d'un document confidentiel, en l'espèce une dépêche diplomatique, par un journal, mais l'auteur de la fuite n'avait pas été mis en cause en l'espèce.

En revanche, l'arrêt de Grande Chambre *Guja c. Moldova* du 12 février 2008 devait décider si la révocation d'un fonctionnaire qui, suite à un appel du Président de la République à lutter contre la corruption, avait adressé à un journal des documents dont il avait eu connaissance dans le cadre de ses fonctions avait constitué une violation de l'article 10 de la Convention. Dirigeant du service de presse du parquet général, le requérant avait transmis une lettre du vice-président du parlement au parquet général demandant clairement que soient abandonnées les poursuites pour mauvais traitements et détention arbitraire dirigées contre quatre policiers. Lesdites poursuites avaient ensuite été abandonnées. Le requérant avait joint à la lettre du vice-président du Parlement une lettre du vice-ministre de l'Intérieur annonçant au parquet général que l'un des policiers en cause avait été condamné à une amende, dispensé de son paiement en vertu d'une loi d'amnistie et réintégré dans ses fonctions.

Tout en rappelant avoir déjà admis le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion qui pèse sur les salariés vis-à-vis de leur employeur, et en particulier sur les fonctionnaires, et la légitime confidentialité de certains documents, la Cour souligne le caractère inédit d'une affaire dans laquelle « *un fonctionnaire aurait divulgué des informations internes* » (§ 72 de l'arrêt). Elle poursuit en observant que les agents publics « *peuvent être amenés, dans l'exercice de leur mission, à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier. Elle estime dans ces conditions que la dénonciation par de tels agents de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances. Pareille protection peut s'imposer lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique.* » (*ibid.*), avant de se référer au rapport explicatif de la Convention

civile du Conseil de l'Europe sur la corruption et d'énoncer les éléments qui peuvent commander, dans l'intérêt collectif, que l'agent se libère de l'obligation de discrétion qui pèse normalement sur lui.

Le premier principe que pose la Cour à cet égard est que la divulgation au public ne doit être « *envisagée qu'en dernier ressort* », à défaut « *d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation* » que l'agent estime critiquable, la saisine de ses supérieurs ou d'une autre autorité supérieure devant être privilégiée (§ 73). D'autres facteurs interviennent ensuite pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression d'un fonctionnaire dans cette hypothèse. Le premier d'entre eux est l'intérêt public que représente l'information en cause, la Cour indiquant à ce propos : « *Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif ou judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi.* » (§ 74). Cette proposition, accompagnée d'une référence à l'arrêt *Fressoz et Roire c. France*, est hautement significative de l'ancrage de la solution dans les principes mêmes de la société démocratique : la transparence doit la caractériser et peut, le cas échéant, être arrachée aux pouvoirs publics, si c'est le seul moyen de l'obtenir.

Les autres facteurs pertinents ensuite énumérés par la Cour sont l'authenticité de l'information divulguée, ce qui évite de faire bénéficier de la protection offerte par l'article 10 des fonctionnaires qui ne mettraient en avant leur qualité que pour donner une apparence de crédibilité à une tentative de déstabilisation du pouvoir en place, la proportionnalité entre le dommage causé à l'autorité publique et l'intérêt du public, la motivation de l'agent, qui doit être de bonne foi, et la gravité de la sanction infligée à l'auteur de la divulgation. Le nombre et la nature de ces éléments ont pour conséquence obligée que la conclusion de la Cour sera étroitement conditionnée par les particularités de l'espèce dont elle aura à connaître.

Appliquant ces principes à l'affaire *Guja*, la Cour commence par noter le silence de la législation nationale sur la question – manière d'inciter les États à en élaborer une – et en déduire que le requérant ne pouvait faire part de ses préoccupations qu'à ses supérieurs, faute de procédure prévue pour ce type de situation. La conduite d'un haut personnage de l'État, le vice-président du parlement, étant en cause et le procureur général étant resté inactif pendant six mois, le requérant était fondé à penser qu'il avait succombé aux pressions exercées sur le parquet et ne disposait d'autre choix que celui de la presse pour éviter l'étouffement du scandale que ses fonctions lui avaient révélé. S'agissant de l'intérêt général des informations en cause, la Cour relève que la question de l'abus de fonctions de personnalités

politiques de haut rang et celle des dysfonctionnements de la séparation des pouvoirs en Moldova faisaient l'objet de vifs débats dans le pays et avaient suscité l'inquiétude d'organisations internationales non gouvernementales. L'authenticité des lettres publiées n'ayant pas été contestée, la Cour en vient à la question de la gravité de l'atteinte portée à la confiance du public dans l'indépendance du parquet général. Elle considère que « *l'intérêt général à ce que soient divulguées les informations faisant état de pressions et d'agissements illicites au sein du parquet est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans le parquet général* ». Elle rappelle à cet égard qu'« *une libre discussion des problèmes d'intérêt public est essentielle en démocratie et qu'il faut se garder de décourager les citoyens de se prononcer sur de tels problèmes* » (§ 91). Autrement dit, aux yeux de la Cour, la confiance se mérite : ou bien l'image du parquet sortira renforcée de la discussion, ou bien auront été mises au jour des pratiques critiquables. Ce qui est certain, c'est qu'une société démocratique ne peut s'accommoder du silence fait sur des doutes parfaitement légitimes. La Cour relève encore que la bonne foi du requérant n'est pas douteuse (il n'était animé ni par la recherche d'avantages personnels ni par un mobile de vengeance) et qu'il a été recouru à son encontre à la sanction la plus lourde possible, au risque de décourager les autres agents du parquet de signaler à l'avenir des agissements irréguliers. Le constat de violation de l'article 10 est fait à l'unanimité, non sans que la Cour ne mentionne encore une fois avoir pesé tous les intérêts ici en jeu.

La solution montre clairement que les principes généraux posés par la formation la plus solennelle de la Cour ne permettent la protection des informations détenues par l'État contre les révélations faites par ses propres agents que dans la stricte mesure où il n'est pas fait obstacle à l'information du public sur les éventuels dysfonctionnements, à quelque niveau que ce soit, de l'appareil d'État. Ici encore, les principes de la société démocratique, telle qu'elle est conçue par la Cour, commandent que l'on discute contradictoirement les questions d'intérêt public, de manière aussi informée que possible. Une société dans laquelle la vérité est mise sous le boisseau n'est pas une société démocratique.

L'arrêt *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011 conclut également, à l'unanimité, à la violation de l'article 10, dans une affaire où une infirmière gériatre exerçant dans une institution privée avait été révoquée après avoir introduit une plainte pénale à l'encontre de son employeur pour dénoncer des mauvais traitements pratiqués à l'encontre des pensionnaires. Ici encore, le recours à une alerte donnée à l'extérieur de l'institution (« *external whistleblowing* », dit l'arrêt) est justifié par l'intérêt du public à recevoir des informations sur les défaillances des soins institutionnels aux personnes âgées : celui-ci l'emporte, dans une société démocratique, sur l'intérêt de protéger

la réputation et les intérêts commerciaux de l'institution en cause. C'est aux autorités qu'il appartiendra de vérifier la véracité des informations portées à la connaissance du public par la plainte de l'employée. La révocation de celle-ci ne se concilie guère avec les impératifs de la liberté d'expression.

Il convient cependant de ne pas perdre de vue la volonté de la Cour de n'autoriser les agents publics et salariés à s'affranchir de l'obligation de discrétion professionnelle qui pèse sur eux qu'en tout dernier recours – l'arrêt *Heinisch* relève ainsi que les alertes que la requérante avait fait parvenir aux responsables de l'institution où elle travaillait sur la manière dont étaient traités les pensionnaires n'avaient rien changé à la situation et n'avaient produit aucune amélioration. Déjà, la jurisprudence de la Commission avait déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement la requête d'un diplomate licencié après avoir envoyé au *Guardian* une lettre accusant Mme Thatcher, alors premier ministre, de chercher à couvrir des agents sud-africains chargés de tourner l'embargo frappant leur pays. La décision *Patrick Haseldine c. Royaume-Uni* du 13 mai 1992 rappelle qu'en entrant dans le service diplomatique, le requérant avait accepté les restrictions inhérentes à ses fonctions, alors surtout qu'il occupait un poste névralgique. L'indication que le requérant était mal noté introduit, quant à elle, le soupçon qu'il s'était moins agi pour lui d'informer le public que d'exprimer ses frustrations professionnelles.

À ces exigences s'ajoutent celles qui pèsent sur la manière dont l'information ainsi livrée est transmise au public, en vertu d'une jurisprudence de la Cour qui a été définie à l'occasion d'affaires mettant en cause des journalistes qui avaient exploité les renseignements obtenus de l'intérieur.

B. Un fort encadrement des conditions de publication des informations divulguées

C'est l'arrêt *Stoll c. Suisse*, rendu en Grande Chambre le 10 décembre 2007, qui a introduit le plus nettement des contraintes quant aux conditions d'utilisation par la presse des informations divulguées : l'accent mis sur l'importance du respect de la déontologie journalistique a d'autant plus frappé les commentateurs qu'il marquait une nette rupture dans une jurisprudence jusque-là systématiquement favorable à la presse. Le fait que la solution adoptée en Grande Chambre s'oppose à celle de la chambre accentuait encore ce trait. En l'espèce, la *Sonntags Zeitung* avait publié un document adressé à son département par l'ambassadeur de Suisse aux États-Unis à propos de négociations entre les banques suisses et le Congrès juif mondial portant sur l'indemnisation d'avoirs en déshérence sur des comptes bancaires en Suisse, du fait de la disparition des titulaires de ces comptes, victimes de la

Shoah. Ce document utilisait des mots assez rudes pour caractériser le partenaire des banques, le diplomate parlant d'« adversaires » et écrivant « *il s'agit d'une guerre* » pour rendre compte du climat des négociations.

L'arrêt rendu par la Grande Chambre insiste d'emblée, d'une manière inhabituelle, sur les devoirs et les responsabilités de ceux qui s'expriment, termes de l'article 10, § 2, généralement tenus pour peu significatifs, et sur les dangers que représentent les médias dans la société contemporaine : « *Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue* » (§ 104 de l'arrêt). Ce n'est qu'après cette admonestation que sont rappelés les principes libéraux qui régissent traditionnellement la liberté d'expression.

S'agissant de l'espèce, la Cour insiste sur le fait que le document litigieux était « *totale­ment inconnu du public* » (§ 113), concède que la question de l'indemnisation due aux victimes de la Shoah pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses constituait bien une question d'intérêt général, que « *l'exclusion absolue du débat public des questions relevant des affaires étrangères en raison de la protection due à la correspondance diplomatique n'est pas acceptable* » (§ 128), ce qui renvoie, une fois encore, aux caractéristiques de la société démocratique¹⁷, et encore que la publication du document était pertinente au regard du débat en cours. Mais la suite de l'arrêt va nettement en sens contraire. D'abord en ce qu'elle insiste sur l'importance du préjudice que la publication a causé aux intérêts de la Suisse (les expressions utilisées par l'ambassadeur, relève le § 135 de l'arrêt, « *étaient manifestement susceptibles de provoquer chez les autres parties aux négociations [...] une réaction négative et, par conséquent, de compromettre les chances de succès de négociations considérées comme difficiles et portant sur un sujet particulièrement sensible* »). Mais surtout en ce qu'elle stigmatise, d'une manière inhabituelle sous l'article 10 de la Convention¹⁸, le comportement du journaliste condamné : celui-ci ne pouvait ignorer de bonne foi que la divulgation

17 Au seuil de ses développements sur l'application en l'espèce des principes généraux résultant de sa jurisprudence, la Cour faisait d'ailleurs état du principe de publicité des documents, citant à cet égard une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2007 et l'affaire interaméricaine *Claude Reyes et autres c. Chili* (§ 111). Ces références évoquaient davantage un abandon de la jurisprudence *Guerra* qu'une solution très restrictive, voire régressive, sur la liberté d'expression. Ces incertitudes traduisent certainement des débats assez vifs au sein de la Cour et sont d'ailleurs relevées par l'opinion dissidente de M. Zagrebelsky, à laquelle se rallient M. Lorenzen, M^{me} Fura-Sanström, M^{me} Jaeger et M. Popovic.

18 Comme l'écrit Michel HOTTELIER en conclusion de son commentaire de l'arrêt (*Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 801) : « *De fait, entre l'arrêt de la Chambre et l'arrêt de la Grande Chambre, apparaissent deux poids, deux mesures avec, au final, le sentiment désagréable qu'une garantie, la liberté de la presse, jusqu'alors considérée comme sacrée, a été sérieusement érodée, au point de tomber de son piédestal.* »

du document litigieux était pénalement réprimée, la forme des publications présentait plusieurs carences, d'ailleurs relevées par le Conseil de la presse suisse : contenu manifestement réducteur et tronqué des articles quant à la position de l'ambassadeur, alors qu'une publication intégrale du document eût mis les lecteurs en mesure de former leur propre opinion, impression que dégageaient les articles que l'ambassadeur était antisémite, ce qui contribua à sa démission, recherche du sensationnalisme dans la présentation des articles, et nature triviale de leur ton, en décalage complet par rapport à ce que commandait l'enjeu de la question. Comme le relève l'opinion dissidente de M. Zagrebelsky, rejoint par quatre autres juges¹⁹, cette sévérité s'accommode fort mal de l'accent d'ordinaire mis par la Cour sur la liberté quant à la forme concédée aux journalistes. Tout se passe comme s'il avait fallu compenser, en Grande Chambre, la forte relativisation de la portée du secret diplomatique par un constat de non-violation de l'article 10 ancré dans les circonstances de l'affaire, c'est à savoir la présentation racoleuse donnée aux informations divulguées par le journaliste²⁰.

Toujours est-il que la déontologie de la profession mise en avant par la Grande Chambre conduit à ne consacrer le droit du public à une transparence provoquée qu'à la condition que les informations arrachées aux autorités fassent l'objet d'une présentation en rapport avec le sérieux du débat auquel elles se rapportent, avec une préférence évidente de la Cour pour les publications intégrales des documents litigieux (§ 147 de l'arrêt), jugées plus respectueuses de la liberté des lecteurs de se forger leur propre opinion. Si l'on partage volontiers cette méfiance de la Cour envers les extraits choisis, on ne peut manquer d'observer cependant qu'elle suppose une très grande maturité des lecteurs et leur capacité à tirer d'un document brut les enseignements utiles. Pour le dire un peu brutalement, on craint que les conseils de retour aux textes eux-mêmes dispensés aux étudiants en droit, spécialement au niveau du doctorat, ne soient un peu inadéquats, s'agissant de la presse populaire... Le mérite de cette solution est cependant de permettre la diffusion, dans le respect de l'éthique de la profession, des produits des investigations journalistiques se rapportant à des questions d'intérêt général, dès lors que leur authenticité n'est pas douteuse et qu'il n'est pas porté atteinte à la vie privée des personnes, cette solution valant nonobstant les conditions illégales dans lesquelles ils ont été obtenus²¹.

19 Qui critique en termes forts « *un exercice inédit de censure quant à la forme choisie par le journaliste* ».

20 V. la note, précitée, de Michel HOTTELIER, faisant observer que le raisonnement de la Cour se déplace du terrain de l'atteinte à la confidentialité, sur laquelle reposait exclusivement la condamnation du requérant, en application de l'article 293 du code pénal suisse, à celui de la critique du caractère polémique et tendancieux de la présentation du rapport divulgué.

21 V. en ce sens les arrêts *Radio Twist A. S. c. Slovaquie* du 19 décembre 2006 et *Ringier Axel Springer Slovakia A. S. c. Slovaquie* du 26 juillet 2011.

Tant les principes posés que leur application dans l'arrêt *Guja* et dans quelques autres montrent clairement, ici encore, que le secret ne résiste guère aux exigences de transparence propres à la société démocratique. Il n'en est que plus surprenant, dans ces conditions, que la Cour n'ait pas encore abandonné la solution de l'arrêt *Guerra c. Italie* refusant de mettre à la charge de l'État une obligation positive lui commandant en principe de mettre à la disposition du public les informations d'intérêt général qu'il est seul à détenir. Cette solution surprend d'autant plus que de nombreux signes qui paraissaient avant-coureurs de son abandon pouvaient être relevés et qu'elle est l'une des rares pour lesquelles on peut observer que la Cour de 2012 n'a pas encore rejoint les positions avancées qui étaient celles de la Commission européenne des droits de l'Homme²²

22 Déjà, le rapport de la Commission *De Geillustreerde Pers N. V. c. Pays-Bas* du 6 juillet 1976, *D.R.* 8, p. 5, insistait sur le fait qu'en l'espèce, le public n'avait pas été privé d'une information précise, suggérant nettement que l'article 10 eût été violé s'il en était allé autrement.

La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Hélène TOURARD

La transparence dans l'Union européenne est liée à la quête de légitimité démocratique de l'Union, dans un souci de transformer l'organisation en maison de verre afin de garantir son caractère démocratique ainsi que l'adhésion des citoyens européens à cette construction. Ce principe de transparence qui a permis de réduire la distance entre administrés et administration en France depuis les années 1970 concerne aujourd'hui l'Union européenne, sujette à de nombreuses critiques visant à dénoncer son caractère confidentiel, qui alimente un déficit démocratique. Le droit européen a donc évolué, d'abord pour garantir un accès amélioré à l'information sur l'Union, ainsi qu'à l'information détenue par celle-ci. Progressivement les textes communautaires vont mettre en place les moyens d'assurer une plus grande transparence. Il s'agit de garantir à la fois la transmission des informations relatives à l'organisation et l'intelligibilité du droit élaboré par l'Union. Ainsi, la 17^e déclaration annexée au Traité de Maastricht relative au droit d'accès à l'information évoque la transparence du processus décisionnel comme renforçant le caractère démocratique des institutions. Sur cette base est adopté le code de conduite du 6 décembre 1993 sur l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission. Par la suite, l'article 1^{er} du Traité d'Amsterdam énonce le principe d'ouverture et introduit le droit d'accès aux documents pour tout citoyen et toute personne physique ou morale. Ce droit individuel sera repris dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE à l'article 42. Puis l'Union se dote d'une législation générale avec le règlement

1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Dans ce texte, on pose le principe de l'accès le plus large, assorti d'exceptions prévues spécifiquement pour protéger différents intérêts publics ou privés. Enfin, le Traité de l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) réaffirment le principe d'ouverture, le droit d'accès aux documents et le principe de transparence des travaux de chaque institution¹.

Transparence, cohérence, bonne gouvernance sont des finalités et des moyens d'atteindre d'autres objectifs plus impératifs comme la démocratie, le progrès économique et social, le développement durable. La Cour de justice se plaît à rappeler que le principe de transparence permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique ainsi que de contribuer à renforcer les principes de la démocratie et le respect des droits fondamentaux. Il faut d'ailleurs noter que la Cour parle de transparence là où les traités parlent d'ouverture.

La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (entendue comme comprenant la Cour de justice et le Tribunal), ce n'est pas la transparence dans l'UE, qui correspond plus largement à la qualité formelle des textes, la publicité des travaux du Conseil, l'accès aux documents. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, la transparence est évoquée essentiellement dans deux domaines : celui des marchés publics et celui de l'accès aux documents. Dans le cadre des marchés publics, la Cour de justice aborde la transparence sous l'angle du principe d'égalité, de non-discrimination et de fonctionnement correct du marché intérieur. Ainsi dans son arrêt *Acosec Spa* du 15 octobre 2009, la Cour considère que la transparence permet le jeu non faussé de la libre concurrence. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence². Ce qui est alors mis en avant par la Cour ici est bien plus le principe d'égalité qu'un lien avec le fonctionnement démocratique de l'Union européenne. Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour de justice à laquelle nous nous inté-

¹ Article 15 TFUE : « Principe d'ouverture, droit d'accès aux documents des institutions et organes et organismes, principe de transparence des travaux de chaque institution » et article 16§8 TUE : « Le Conseil siège en public lorsqu'il délibère et vote sur un projet d'acte législatif. À cet effet, chaque session du Conseil est divisée en deux parties, consacrées respectivement aux délibérations sur les actes législatifs de l'Union et aux activités non législatives ».

² CJCE 3^e chambre, 15 octobre 2009, C-196/08, *Acosec Spa c. Province de Raguse*. On peut encore évoquer l'arrêt *Association générale de l'industrie du médicament* dans lequel la Cour pose un objectif de transparence en matière de fixation des prix (CJCE 3^e chambre, 14 janvier 2010, aff. *Jointes C-471/07 et 472/07*).

resserons concerne uniquement l'accès aux documents comme composante de la transparence et comme droit fondamental. L'accès aux documents doit être considéré comme l'information des citoyens permettant de développer l'aptitude à la démocratie³. L'intérêt est de mettre en lumière le jeu subtil de conciliation d'objectifs opposés pour trouver une réponse équilibrée au dilemme opposant démocratie et efficacité, idéal de transparence et capacité décisionnelle.

Si le Parlement européen est plus naturellement transparent, le Conseil et la Commission se caractérisent plutôt par l'opacité. La transparence va alors se développer par le biais de l'accès aux documents.

Afin de garantir l'effectivité du droit d'accès, la jurisprudence de la CJUE se montre assez large quant aux documents dont on peut demander la divulgation aux organes de l'Union. Ainsi, il est admis que le droit d'accès concerne les actes préparatoires aux décisions prises dans le cadre de la politique étrangère et de la coopération policière et judiciaire⁴. De même, la jurisprudence admet que les données contenues dans une base de données constituent un document, sur le fondement de la distinction entre contenu et contenant, tout contenu pouvant alors constituer un document⁵. Dans cette même optique d'assurer l'effectivité du droit d'accès aux documents, la jurisprudence considère comme un acte susceptible de recours la réponse d'une institution selon laquelle elle ne peut pas donner accès au document parce qu'il n'est pas en sa possession ou qu'il n'existe pas⁶.

La jurisprudence de la CJUE relative à cet aspect de la transparence concerne essentiellement la mise en balance d'intérêts divergents. Le texte de référence est le règlement 1049/2001 qui doit être concilié avec d'autres règles et procédures communautaires nécessitant parfois une part de secret afin de protéger certains intérêts. Il s'agit alors d'articuler le principe de transparence avec la protection des données personnelles ou les règles relatives aux procédures de contrôle en matière de droit de la concurrence ou encore en matière de procédure en manquement. D'autre part, le règlement lui-même prévoit des exceptions au large accès aux documents et l'interprétation de ces exceptions donne lieu à des antagonismes entre les institutions de l'UE et le juge. Le fait que l'on dénombrait plus de 40 affaires pendantes sur l'accès aux documents en 2012 montre qu'il existe toujours autant de problèmes

3 Jean-Marc SAUVÉ, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », exposé d'ouverture au colloque organisé par Transparence International France – Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? – à l'Assemblée nationale le 5 juillet 2011, disponible sur le site internet du Conseil d'État.

4 CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-353/99 P, *Conseil c. Hautala*.

5 Trib. UE, 3^e chambre, 26 octobre 2011, aff. T-436/09, *Dufour c. BCE*, Marion LARCHE, *Revue Europe*, décembre 2011, comm. 445.

6 TPICE, 5^e chambre, 27 novembre 2007, aff. T- 3/00, *Pitsiorlas c. Conseil et BCE*.

d'interprétation du règlement 1049/2001. De plus, le grand nombre d'arrêts de la Cour annulant les décisions du Tribunal indique une divergence de jurisprudence entre les deux juridictions.

Les nombreuses affaires portant sur le droit d'accès aux documents, bien que concernant des situations particulières, démontrent que fondamentalement l'enjeu de la jurisprudence relative à la transparence est bien celui de la responsabilité des institutions et des États membres devant les peuples.

La nécessité de concilier des intérêts opposés conduit le juge à déterminer l'articulation entre le droit d'accès aux documents et d'autres obligations communautaires (I) et à garantir une interprétation uniforme des exceptions au principe du large accès aux documents (II).

I. L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT D'ACCÈS ET D'AUTRES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES

Le règlement 1049/2001 pose le principe d'un large accès aux documents. Mais ce principe d'ouverture peut aller à l'encontre des objectifs posés par d'autres textes de droit communautaire dérivé. Les institutions européennes doivent garantir l'application de l'ensemble des textes qui les lient. Elles devront alors agir, sous le contrôle du juge, de manière à permettre une pondération équilibrée des intérêts divergents. Deux questions en particulier présentent un intérêt majeur pour le débat sur la réalité de la transparence dans l'Union européenne : la protection de la vie privée d'une part et les procédures de contrôle du respect du droit communautaire par les entreprises et par les États d'autre part. En effet, dans le premier cas, il s'agit de concilier deux droits fondamentaux contradictoires tandis que dans le second cas, il s'agit de concilier souci de transparence et nécessité de discrétion.

A. Protection des données personnelles au titre de la vie privée

Il est important de signaler que, dans sa jurisprudence relative au droit d'accès aux documents, la Cour affirme qu'il n'existe pas de primauté automatique de l'exigence de transparence même si la transparence se voit reconnaître le statut d'objectif d'intérêt général. Ainsi, dans deux affaires de 2010, le principe de transparence doit céder devant celui de protection des données personnelles.

La première affaire opposait une entreprise à la Commission quant à la transmission d'un document contenant le nom de sociétés ayant participé à une procédure devant la Commission⁷. Le contexte de cette affaire est une procédure en manquement contre le Royaume-Uni, non poursuivie par la Commission en raison d'une mise en conformité de la législation britannique. La société en cause a demandé la transmission de l'avis motivé de la Commission mais s'est heurtée au refus de cette dernière. La société a alors déposé une autre demande de communication concernant cette fois l'ensemble du dossier avec le nom des sociétés et organisations ayant participé à la procédure devant la Commission. Suite au nouveau refus de la Commission, le Médiateur européen a été saisi de l'affaire et a demandé lui aussi la transmission de ces documents. Le Tribunal, dans un arrêt de 2007, va s'intéresser à la notion de vie privée en faisant largement référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence de la Cour européenne y relative⁸. Ainsi, il a considéré que toutes données à caractère personnel n'entrent pas automatiquement dans la notion de vie privée et que les données à caractère personnel ne sont pas toutes susceptibles de porter atteinte à la vie privée. Il existe des données sensibles et d'autres non. Appliquant ces principes au cas d'espèce, le Tribunal a souligné que les personnes concernées étaient présentes en tant que représentantes d'une entité collective et que leur participation à une réunion avec une institution communautaire ne relevait pas de la sphère de leur vie privée. Ainsi l'indication de leur nom sur la liste des personnes présentes à la réunion ne portait pas atteinte à leur vie privée. Le Tribunal a alors annulé le refus de communication des documents de la Commission.

En revanche, saisie sur pourvoi, la Cour de justice va confirmer la position de la Commission en jugeant que celle-ci pouvait refuser de divulguer des documents pour protéger la vie privée des personnes. Le règlement 1049/2001 qui prévoit une exception à l'accès aux documents dans le cas où cela porterait atteinte à la protection de la vie privée doit se concilier avec le règlement 45/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui prévoit des conditions plus strictes de divulgation. La Cour énonce qu'il faut assurer la pleine application des deux règlements, aucun n'ayant la priorité sur l'autre. À la différence d'autres situations, il existe ici un lien explicite entre les deux règlements puisque le règlement 1049/2001 prévoit la protection des données personnelles comme exception au droit d'accès. La Cour va tout d'abord sanctionner le Tribunal pour avoir interprété le règlement 1049/2001 uniquement par rapport à la définition de la vie privée selon

⁷ CJUE, Grande Chambre, 29 juin 2010, aff. C-28/08 P, *Commission c. The Bavarian Lager*.

⁸ TPICE, 3^e chambre, 8 novembre 2007, aff. T-194/04, *The Bavarian Lager c. Commission*.

l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme alors qu'il devait principalement prendre en compte les textes de l'Union et particulièrement le règlement 45/2001. Ainsi, le Tribunal n'a pas respecté l'équilibre que le législateur communautaire a voulu établir. Ensuite, la Cour considère que la Commission a effectué une correcte interprétation du règlement 1049/2001 et de l'article 8 sous b) du règlement 45/2001 en transmettant le document sans le nom des personnes qui n'avaient pas donné leur accord à cette divulgation⁹. Pour les cinq personnes n'ayant pas donné leur consentement exprès, l'entreprise Bavarian Lager devait établir la nécessité du transfert de ces données personnelles. Il y a donc limite à la possibilité d'obtenir les documents. Cependant, on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'une divulgation de l'identité de représentants d'entreprises privées assistant à des réunions officielles organisées par la Commission européenne. En effet, cela pourrait être considéré comme utile à une meilleure transparence, notamment lorsque l'on connaît la fréquence et l'importance des représentations d'intérêts à Bruxelles.

La seconde affaire¹⁰ concernait la publication des noms et de la résidence des bénéficiaires d'aides agricoles et bien que soient en jeu d'importants intérêts économiques, la Cour fera prévaloir le droit à la protection des données personnelles. Même si l'article 44 bis du règlement n° 1290/2005 et le règlement n° 259/2008 œuvrent à une plus grande transparence dans l'utilisation des fonds communautaires et permettent aux citoyens de participer au débat public concernant les orientations de la PAC, le principe de proportionnalité n'est pas respecté dans la mise en balance d'intérêts publics et privés par la divulgation de données personnelles. Les institutions communautaires auraient dû rechercher s'il n'existait pas des moyens moins attentatoires à la protection de la vie privée des personnes visées. Le constat de violation est cependant limité aux droits des personnes physiques, l'ingérence à l'égard des personnes morales n'étant manifestement pas disproportionnée¹¹.

À la suite de ce jugement et dans l'attente de l'adoption de nouvelles règles tenant compte des objections soulevées par la Cour, le règlement (CE) n° 259/2008 a été modifié par le règlement d'exécution (UE) n° 410/2011

⁹ Article 8 : Transferts de données à caractère personnel à des destinataires autres que les institutions et organes communautaires et relevant de la directive 95/46/CE. Sans préjudice des articles 4, 5, 6 et 10, les données à caractère personnel ne sont transférées à des destinataires relevant de la législation nationale adoptée en application de la directive 95/46/CE que si :

- a) le destinataire démontre que les données sont nécessaires à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, ou
- b) le destinataire démontre la nécessité de leur transfert et s'il n'existe aucune raison de penser que ce transfert pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes de la personne concernée.

¹⁰ CJUE, Grande Chambre, 9 novembre 2010, affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert/Land Hessen*.

¹¹ Denys, SIMON, « Transparence et vie privée », *Revue Europe*, janvier 2011, p. 11-13.

de la Commission afin d'établir clairement que l'obligation de publier des informations sur les bénéficiaires ne s'applique pas aux personnes physiques. Dans une proposition de la Commission du 25 septembre 2012 relative à de nouvelles règles de publication des informations sur les bénéficiaires des fonds agricoles européens sont prévues des limites à la publication nominative combinées avec l'exigence d'informations plus détaillées publiées par les États sur la nature des aides et la description des mesures pour lesquelles des fonds sont alloués. Cependant, la Commission insiste sur l'importance de la transparence en matière d'utilisation des fonds de l'Union dans le cadre de la PAC ce qui contribue à la visibilité et à une meilleure compréhension de cette politique. Cela permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens¹². La conciliation avec la protection des données à caractère personnel des personnes physiques se fera par le biais de la fixation d'un seuil en dessous duquel il n'y a pas lieu de publier le nom du bénéficiaire.

Le Tribunal, dans une affaire ultérieure, reprendra cette articulation entre le règlement 45/2001 et le règlement 1049/2001 en posant l'obligation d'interpréter les règles d'accès aux documents à la lumière des exigences de la protection des données personnelles¹³.

Tout en réaffirmant l'importance du principe de transparence au travers du large accès du public aux documents, la jurisprudence du Tribunal reprend à son compte la position de la Cour qui refuse de sacrifier la protection des données personnelles à cet impératif. Ainsi, dans l'affaire *Internationaler Hilfsfond c. Commission*¹⁴, le Tribunal fait directement référence à l'arrêt de la Cour *Commission c. Bavarian Lager* en rappelant que, « lorsqu'une demande fondée sur le règlement n° 1049/2001 vise à obtenir l'accès à des documents comprenant des données à caractère personnel, les dispositions du règlement n° 45/2001 deviennent intégralement applicables »¹⁵. Si les données à caractère personnel concernant le demandeur peuvent faire l'objet d'une divulgation, le droit du demandeur à obtenir cette divulgation n'a pas pour conséquence d'ouvrir un droit d'accès du public en général auxdits documents. Or, la Commission a précisé que les parties non divulguées de certains documents contenaient les noms de personnes et des informations qui touchaient à

12 Modification de la proposition de la Commission COM(2011) 628 final/2 pour un règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune.

13 Trib. UE, 8^e chambre, 7 juillet 2011, aff. T-161/04, *Gregorio Valero Jordana c. Commission*. Marion LARCHE, observations n° 281, *Revue Europe*, août/septembre 2011, p. 15.

14 Trib. UE, 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-300/10, *Internationaler Hilfsfonds c. Commission*. Fabrice ANDREONE *et al.*, « Chronique de l'administration européenne », *Revue française d'administration publique*, 4/2012 (n° 144), p. 1153-1176.

15 § 104 de l'arrêt du Tribunal.

leur réputation ce qui pouvait, en cas de divulgation, nuire à la réputation desdites personnes et porter, de ce fait, atteinte à la protection de leur vie privée et à leur intégrité¹⁶.

Quoiqu'il en soit, la primauté n'est pas toujours reconnue à la protection des données personnelles. Ainsi, deux assistantes de membres du Parlement européen, cherchant à bénéficier de pensions dues pour l'exercice de cette activité, se sont vues refuser la communication des registres des intérêts financiers des assistants. En effet, ces registres contiennent des données personnelles dont la divulgation à autrui porterait atteinte à la vie privée et l'intégrité des personnes concernées. Le Tribunal rappelle que, selon une jurisprudence constante, « *les exceptions à l'accès aux documents doivent être interprétées et appliquées de manière stricte, de façon à ne pas tenir en échec l'application du principe général consistant à conférer au public le plus large accès possible aux documents détenus par les institutions* »¹⁷. En conséquence, le Parlement européen devait préciser en quoi la divulgation des documents porterait effectivement atteinte à la vie privée des personnes concernées, il ne pouvait se contenter d'une justification générale, considérant de manière systématique que le public ne devait pas avoir accès aux documents révélant l'identité d'anciens assistants de membres du Parlement¹⁸. L'intérêt d'un accès à ces documents pour les deux requérantes était ici bien visible : ces documents leur étaient nécessaires comme éléments de preuve pour faire valoir leurs droits dans une action en justice contre les anciens députés européens.

Si l'on peut qualifier d'absolues les exceptions au droit d'accès afin de protéger un intérêt public ou la vie privée des individus, d'autres exceptions peuvent être considérées comme relatives. Il s'agit notamment de la protection des intérêts commerciaux ou des activités d'inspection et d'enquête. La jurisprudence de la CJUE nous montre ainsi que la restriction à la divulgation de documents des entreprises ou des États membres peut se révéler justifiée afin de garantir le bon déroulement des procédures de contrôle du respect du droit communautaire. L'efficacité de ces procédures repose en grande partie sur la coopération des entités contrôlées et une trop grande transparence est susceptible de nuire à cette efficacité. On pourrait parler dans ce cadre d'un effet dissuasif de la transparence.

16 Fabienne GAZIN, « De la reconnaissance d'une expression du principe de bonne administration et de la conciliation entre le principe de transparence et le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel », *Revue Europe*, n° 7, juillet 2012, comm. 266.

17 Trib. UE, 5^e chambre, 28 mars 2012, aff. T-190/10, *Egan et Hackett c. Parlement*.

18 Marion LARCHE, « Assistants parlementaires 'fantômes' : le tribunal annule une décision du Parlement de refus d'accès au registre public des assistants parlementaires », *Revue Europe*, n° 5, mai 2012 comm. 178.

B. Procédures en matière de concurrence et en manquement

L'exception à l'accès aux documents ici invoquée est celle de la protection des activités d'inspection, d'enquête et d'audit¹⁹. La réticence de la Commission à divulguer des documents s'explique surtout par l'incidence de cette divulgation sur d'autres procédures.

La procédure de contrôle des concentrations, établie par le règlement 139/2004, et la procédure de contrôle des aides d'États, précisée par le règlement 659/1999, prévoient une ouverture relative en admettant l'accès à certains documents et à certaines personnes, tout en garantissant la protection des intérêts commerciaux des entreprises. Quoiqu'il en soit, les deux règlements comportent des dispositions strictes concernant l'accès à des informations et documents obtenus dans le cadre de ces procédures de contrôle. S'il y a bien un accès aux documents, il est plus restreint que large. L'articulation avec le règlement 1049/2001 se fait par une lecture combinée des textes qui comportent des dispositions concernant l'accès à l'information. Un accès généralisé, sur la base du règlement 1049/2001, aux documents établis durant ces procédures de contrôle mettrait en péril l'équilibre que le législateur de l'Union a voulu assurer entre l'obligation pour les entreprises concernées de communiquer à la Commission des informations commerciales éventuellement sensibles d'une part, et la garantie de protection renforcée s'attachant, au titre du secret professionnel et du secret des affaires, aux informations ainsi transmises à la Commission, d'autre part. De la même manière, on se trouve face à un dilemme en ce qui concerne la politique de clémence de la Commission en matière de contrôle des ententes. Comment garantir à la fois l'effectivité de la détection des infractions par le biais de la dénonciation et l'effectivité de la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques anti-concurrentielles (l'action en réparation nécessitant certains documents) qui participe aussi à l'efficacité des règles de concurrence²⁰ ? La Cour va alors utiliser un système de présomptions générales d'atteinte à l'intérêt protégé afin de faire prévaloir la confidentialité des procédures de contrôle (concurrence ou manquement) sur la transparence.

Dans l'importante affaire *Odile Jacob* tranchée en 2012, la Cour énonce que le régime prévu en matière de concentration pour la non-divulgence de certains documents serait mis à mal si toute personne pouvait obtenir communication de ces documents sur la base du règlement 1049/2001²¹. La Cour pose alors une présomption générale d'atteinte aux objectifs des

¹⁹ Article 4 § 2 du règlement 1049/2001.

²⁰ CJUE, Grande Chambre, 14 juin 2011, aff. C-360/09 *Pfeiderer AG c. Bundeskartellamt*.

²¹ CJUE, 3^e chambre, 28 juin 2012, aff. C-404/10 P, *Commission c. Éditions Odile Jacob*.

activités d'inspection, d'enquête et d'audit, cette présomption simple pouvant être renversée si on démontre un intérêt public supérieur justifiant la divulgation. Dans le cadre des procédures de contrôle des aides d'État, la Cour reconnaît également une présomption générale d'atteinte à la protection des objectifs des activités d'enquête permettant à la Commission de s'opposer à la divulgation des documents des dossiers administratifs²².

La jurisprudence viendra préciser le délai pendant lequel cette protection renforcée de certains intérêts doit jouer. Ce délai ne sera pas le même selon l'intérêt invoqué. Dans l'affaire *Agrofert Holding*²³, la Cour va considérer qu'on ne doit pas tenir compte du fait que la procédure soit close ou non car ce qui est protégé ce sont des informations sensibles concernant les entreprises dont la divulgation peut porter atteinte à leurs intérêts commerciaux même après la clôture de la procédure. En revanche, dans l'arrêt *EnWB*²⁴, le Tribunal va estimer que l'exception de la protection des activités d'enquête ne vaut que jusqu'à l'adoption de la décision finale, sans égard pour une éventuelle annulation ultérieure des juridictions.

Le système des présomptions générales vaut aussi lorsque c'est le risque de l'atteinte au processus décisionnel qui est invoqué, notamment dans les procédures de contrôle en matière de concurrence. La question du moment de la demande d'accès trouve également son importance ici. Si la décision de la Commission en matière de concurrence est définitive, notamment au regard d'éventuels recours juridictionnels, il incombe à la Commission de démontrer l'atteinte au processus décisionnel. En revanche, lorsqu'une procédure judiciaire est en cours, il existe une présomption générale selon laquelle l'obligation qui serait faite à l'institution de divulguer au cours de cette procédure des notes internes porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution. La jurisprudence récente illustre ces deux cas de figure. Dans les affaires *Technische Glaswerke Ilmenau* et *Odile Jacob*, une procédure judiciaire était en cours, ce qui implique que la décision de la Commission n'était pas définitive. Dès lors, la divulgation d'avis internes pouvait porter atteinte au processus décisionnel et le refus d'accès était donc justifié. En revanche, dans les affaires *Suède* et *MyTravel*, la décision de la Commission avait été annulée par un arrêt du Tribunal passé en force de chose jugée. Il n'y avait donc plus d'atteinte au processus décisionnel par une divulgation des documents. De même dans l'affaire *Agrofert*, la décision de la Commission était définitive car aucun recours n'avait été exercé.

La situation est comparable en matière de procédure en manquement, l'accès aux documents pouvant être restreint afin de ne pas remettre en cause

²² CJUE, Grande Chambre, 29 juin 2010, aff. C-139/07, *Commission c. Technische Glaswerke Ilmenau*.

²³ CJUE 3^e chambre, 28 juin 2012, aff. C-477/10 P, *Commission c. Agrofert Holding a.s.*

²⁴ Trib. UE, 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-344/08, *EnWB Energie Baden-Württemberg*.

l'efficacité de la procédure, dans laquelle les États membres sont en droit d'attendre une certaine confidentialité. On notera tout de même une évolution notable de la jurisprudence entre la fin des années 1990 et les années 2010. En effet, dans l'affaire *WWF UK* de 1997, le Tribunal avait admis le principe de refus de communication de documents liés à une procédure en manquement²⁵. A l'époque des faits, le règlement 1049/2001 n'était pas encore adopté et le comportement de la Commission (et du Conseil) était régi par le code de conduite du 6 décembre 1993 sur l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission. C'est d'ailleurs à l'occasion de cette affaire *WWF UK*, que ce code de conduite se verra reconnaître un caractère contraignant²⁶. Cependant, le Tribunal a interprété les exceptions prévues au droit d'accès de manière défavorable : pour les exceptions relatives à la protection de l'intérêt public, la Commission est obligée de refuser l'accès à partir du moment où l'on se trouve dans une des circonstances visées par cette exception. En revanche, pour la deuxième catégorie d'exceptions relatives par exemple à la protection du secret des délibérations de l'institution, la Commission bénéficie d'un pouvoir d'appréciation afin de déterminer si le refus d'accès se justifie ou non. D'après le Tribunal, les documents relatifs à une enquête sur un éventuel manquement d'un État membre au droit communautaire relèvent de la première catégorie d'exceptions. La Commission devait donc en refuser l'accès.

Plus tard, la Cour, dans l'affaire *The Bavarian Lager* de 2010, va préciser que ce ne sont pas tous les documents qui se trouvent hors d'accès, mais spécifiquement les documents échangés au stade de l'enquête pendant les négociations entre la Commission et les États membres²⁷. La restriction du droit d'accès poursuit alors le but légitime de ne pas saper l'objectif principal de la procédure en manquement, notamment dans sa phase administrative, qui est le respect par les États de leurs obligations communautaires.

Comme énoncé précédemment, la présomption générale d'atteinte aux activités d'inspection et d'enquête peut être renversée en cas d'intérêt public supérieur. Il est intéressant de souligner que c'est dans le domaine de la protection de l'environnement qu'un tel intérêt supérieur a été retenu. On voit alors se dessiner les contours du contrôle du juge sur l'accès aux documents dans

25 TPICE, 4^e chambre élargie, 5 mars 1997, aff. T-105/95, *WWF UK c. Commission*. Voir Fabrice BELAÏCH, « Les obligations de la Commission en matière de transparence », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998, p. 710-714.

26 « La décision 94/90 relative à l'accès du public aux documents de la Commission, qui comporte un code de conduite en la matière, est un acte susceptible de conférer aux tiers des droits que la Commission est tenue de respecter. En effet, en adoptant cette décision, la Commission a indiqué aux citoyens qui souhaitent obtenir l'accès aux documents qu'elle détient que leurs demandes seront traitées selon les procédures, conditions et exceptions prévues à cet effet. »

27 Stefan KADELBACH, « Case Law Court of Justice », *Common Market Law Review*, 2001-1, p. 179-194.

le cadre d'une demande adossée à une procédure de manquement²⁸. Le juge effectue son contrôle par rapport à une double norme de référence : le règlement 1049/2001 et le règlement 1367/2006 d'application de la Convention d'Aarhus sur l'accès du public à l'information, qui est considérée comme une *lex specialis* par rapport au règlement de 2001. Le Tribunal va présumer l'existence d'un intérêt public supérieur justifiant la divulgation lorsque l'information concerne l'environnement, sauf si la procédure en manquement est en cours, car la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la phase précontentieuse et il s'agit de ne pas perturber les négociations entre la Commission et l'État concerné²⁹.

Dans ces deux domaines, contrôle en matière de concurrence et procédure en manquement, on admet une restriction à la divulgation des documents des États membres ou des entreprises transmis à la Commission afin de garantir que les États membres et les entreprises continuent à coopérer en transmettant des documents. Ainsi, le principe du plus large accès du public aux documents des institutions de l'Union européenne ne vient pas tout balayer sur son passage. Il doit se concilier avec les autres intérêts protégés par les textes et mécanismes de droit communautaire dérivé. Le pouvoir d'appréciation laissé aux institutions, en particulier la Commission, se trouve sous le contrôle du juge de l'Union. Les différences d'appréciation entre le Tribunal et la Cour peuvent paraître inquiétantes, le Tribunal apparaissant comme le « défenseur » du droit d'accès, tandis que la Cour se positionne volontiers du côté des institutions. Mais il faut noter que les États eux-mêmes semblent former deux camps : les États du Nord de l'Europe étant plus favorables à la transparence tandis que les États du Sud y sont plus réticents (le soutien à l'un ou l'autre « camp » apparaissant très bien avec le mécanisme des interventions étatiques dans les affaires devant la CJUE).

La pondération équilibrée des différents intérêts en présence se fait aussi bien au niveau de l'articulation entre textes de droit communautaire dérivé qu'au sein même du règlement 1049/2001 sur le droit d'accès. En effet, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, ce règlement prévoit lui-même des exceptions au principe de l'accès aux documents. Le juge de l'Union va alors encadrer l'interprétation de ces exceptions par les institutions.

²⁸ Trib. UE, 3^e chambre, 9 septembre 2011, aff. T-29/08, *Liga para protecção da Natureza c. Commission*.

²⁹ On peut se poser la question de savoir si l'information en matière d'environnement va devenir un motif de primauté automatique du droit d'accès sur les autres intérêts en présence. Voir CJUE, Grande Chambre, 15 janvier 2013, aff. C-416/10, *Najvyšší sud Slovenskej republiky*, dans lequel la Cour fait primer un large accès du public aux décisions en matière d'urbanisme ayant un impact environnemental sur la protection du secret des affaires.

II. L'INTERPRÉTATION DES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'ACCÈS AUX DOCUMENTS

Posant le principe d'une interprétation restrictive des exceptions, la jurisprudence se révèle exigeante vis-à-vis des institutions quant à la démonstration de l'atteinte à un intérêt légitime protégé au titre des exceptions. Cependant il faut bien admettre que par d'autres côtés les juridictions de l'Union font preuve de réalisme afin de ne pas rendre la tâche des institutions démesurément lourde.

A. Des exigences en matière de preuve

Les institutions européennes qui invoquent une exception afin de justifier le refus d'accès à certains documents doivent convaincre le juge du bien-fondé de leur argument. Cette preuve n'est pas toujours facile à rapporter car les juges communautaires ont posé le principe d'une interprétation restrictive des exceptions prévues dans le règlement 1049/2001. Cette règle se révèle nécessaire afin de servir les objectifs visés par le règlement : faire en sorte que, dans l'Union, les décisions soient prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens, puisque le droit d'accès du public aux documents des institutions se rattache au caractère démocratique de ces dernières³⁰.

Le Conseil aussi bien que la Commission ont souvent fait valoir que, dans le cadre de leurs activités administratives, le droit d'accès aux documents pouvait être plus facilement restreint. Si la Cour de justice de l'Union européenne fait bien la différence entre les activités administratives et les activités législatives, elle affirme que le principe de l'accès vaut également pour les documents liés à des activités administratives³¹, tout en admettant que l'accès aux documents puisse être plus restrictif dans le cadre de la fonction administrative des institutions. Corrélativement, la jurisprudence précise que l'accès aux documents doit être plus large quand il s'agit d'activités législatives³².

30 CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, affaires jointes C-39/05 et C-52/05 P, *Suède et Turco c. Conseil*.

31 CJCE, Grande Chambre, 18 décembre 2007, aff. C-64/05, *Suède c. Commission*.

32 « *L'activité administrative de la Commission n'exige pas un accès aux documents aussi étendu que celui concernant l'activité législative d'une institution de l'Union* » (CJCE, Grande Chambre, 18 décembre 2007 *Suède c. Commission*). Voir aussi Trib. UE 22 mars 2011, aff. T-233/09, *Access Info Europe c. Conseil* : l'accès doit être plus largement garanti quand le Conseil agit en tant que législateur (cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour, une audience est prévue le 21 février 2013).

L'article 4 § 3 du règlement 1049/2001³³ protège le processus décisionnel et les avis juridiques à usage interne des institutions. Cependant la Cour considère que le règlement impose, en principe, une obligation de divulguer les avis du service juridique du Conseil relatifs à un processus législatif³⁴. On peut noter avec intérêt que le domaine des relations internationales ne bénéficie pas d'un statut de faveur puisque le Tribunal a considéré que le Conseil devait aussi divulguer ses avis juridiques dans ce champ d'activité³⁵.

Les nombreux arrêts du Tribunal et de la Cour en matière d'accès aux documents des institutions nous permettent d'établir une sorte de cahier des charges relatif aux preuves devant être rapportées par les institutions de l'Union européenne. Lorsque celles-ci veulent faire jouer une des exceptions prévues par le règlement 1049/2001 pour refuser l'accès à un document, elles doivent prouver trois circonstances. L'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Technische Glaswerke Ilmenau* synthétise bien la question : l'institution doit prouver qu'on est dans le cadre de l'une des exceptions, qu'il y a atteinte à l'intérêt protégé et qu'il n'existe pas d'intérêt supérieur justifiant quand même la divulgation³⁶. Le juge exige des institutions des preuves concrètes d'un risque non hypothétique d'atteinte à l'intérêt allégué. Invoquer de façon générale et abstraite le risque que la divulgation des avis juridiques relatifs à des processus législatifs puisse engendrer des doutes concernant la légalité d'actes législatifs ne saurait suffire à caractériser une atteinte à la protection des avis juridiques³⁷. De même, la décision de refus de communication de la Commission est annulée si la Commission n'a pas concrètement démontré que la divulgation porterait atteinte de manière raisonnablement prévisible à la protection des objectifs des activités d'enquête et d'inspection³⁸.

L'institution qui refuse l'accès doit examiner chaque document au regard de l'intérêt protégé. Ainsi, dans l'affaire *Agrofert*, la Commission devait

33 L'accès à un document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

L'accès à un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée est refusé même après que la décision a été prise, dans le cas où la divulgation du document porterait gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

34 CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, affaires jointes C-39/05 et C-52/05 P, *Suède et Turco c. Conseil*.

35 Trib. UE 5^e chambre, 4 mai 2012, aff. T-529/09, *Sophie in't Veld c. Conseil*.

36 Trib. UE, 5^e chambre, 14 décembre 2006, aff. T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau*.

37 CJCE, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2008, affaires jointes C-39/05 et C-52/05 P, *Suède et Turco c. Conseil*.

38 Trib. UE, 2^e chambre, 24 mai 2011, aff. T-250/08, *Edward William Batchelor c. Commission*. Voir Fabienne KAUFF-GAZIN, *Revue Europe*, juillet 2011, comm. 232.

exposer dans la décision de refus les raisons spécifiques, étayées par des éléments circonstanciés, au regard du contenu concret des différents documents sollicités, permettant de conclure que la divulgation de chacun de ceux-ci porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution. Ces exigences s'appliquent également au Parlement européen qui a été censuré par le Tribunal pour s'être borné à justifier son refus en des termes très généraux, et n'a donc pas démontré en quoi la divulgation des documents contenant le nom des assistants des anciens membres du Parlement portait concrètement et effectivement atteinte au respect de leur vie privée³⁹.

Le Tribunal considère également qu'en cas de demande imprécise de l'auteur, l'institution doit l'inviter à la clarifier et non simplement refuser la divulgation⁴⁰. À ce propos, la jurisprudence rappelle avec constance que l'intérêt personnel que peut poursuivre le demandeur d'accès est totalement étranger au règlement 1049/2001 et qu'il n'appartient donc pas à l'institution saisie de porter un jugement ou de procéder à des suppositions à cet égard ni d'en tirer des conclusions quant au traitement de la demande⁴¹.

L'obligation de divulgation des documents vaut en premier lieu pour les documents dont l'institution saisie est l'auteur. Avant le règlement 1049/2001, lorsque le document émanait d'un tiers, la demande devait être adressée directement à l'auteur, on parlait de la « règle de l'auteur ». Cette règle n'a pas été reprise, mais les tiers ont le droit d'être consultés et lorsque l'auteur est un État membre, il peut demander à ce que le document ne soit pas divulgué⁴². La question s'est posée de savoir si l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 confère un droit de veto à l'État. La jurisprudence a évolué sur ce point : elle considérait jusque récemment que l'institution était liée par la demande d'un État de ne pas divulguer un document, sans que cette demande dut être motivée par l'État⁴³. Mais dans une affaire de 2012, le Tribunal a exigé de la Commission qu'elle contrôle la motivation de l'État auteur, sans substituer sa propre appréciation à celle de l'État. Il s'agit alors pour la Commission de juger si « à première vue » les arguments sont justifiés et permettent à l'institution « d'éviter l'adoption d'une décision qu'elle n'estime pas défendable »⁴⁴.

39 Trib. UE, 5^e chambre, 28 mars 2012, aff. T-190/10, *Egan et Hackett c. Parlement*. Marion LARCHE, *Revue Europe*, n° 5, mai 2012, comm. 178.

40 Trib. UE, 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-300/10 *Internationaler Hilfsfond c. Commission*.

41 Trib. UE 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commission*.

42 Article 4 § 5 du Règlement 1049/2001 : un État membre peut demander à une institution de ne pas divulguer un document émanant de cet État sans l'accord préalable de celui-ci.

43 TPICE, 3^e chambre, 17 mars 2005, aff. T-187/03 *Isabella Scippacercola*.

44 Points 53 et 54 de l'arrêt Trib. UE, 4^e chambre, 14 février 2012, aff. T-59/09, *Allemagne c. Commission*.

Cependant, la Cour elle-même précisera que même si le refus de l'État doit être motivé, le contrôle de l'institution demeure un contrôle restreint consistant à vérifier l'existence d'une motivation. Cette solution est justifiée par la nécessaire collaboration, régie par le principe de coopération loyale, entre l'État et l'institution chargée de statuer sur la demande de communication. En revanche, le contrôle du juge sur la décision de refus de communication doit être plus approfondi, y compris en consultant le document en cause, tout en s'abstenant de le divulguer aux parties, pour vérifier que le refus opposé par l'État est fondé⁴⁵.

Les exigences des juges communautaires en matière de preuve ne leur font cependant pas perdre de vue les difficultés auxquelles les institutions sont confrontées lorsqu'il s'agit de mettre en balance les différents intérêts visés par une demande d'accès aux documents.

B. Une part de réalisme

Bien que retenant une interprétation restrictive des exceptions au droit d'accès, les juges accordent aux institutions une large marge d'appréciation aux fins de déterminer si la divulgation de documents relevant des domaines couverts par lesdites exceptions est susceptible de porter atteinte à l'intérêt public⁴⁶. Le contrôle de légalité exercé par le juge communautaire à l'égard d'une telle décision doit, partant, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir.

Si le juge exige des institutions un examen concret des documents afin de déterminer si leur divulgation porte atteinte à un intérêt public ou privé, il admet aussi qu'une seule justification puisse être avancée pour plusieurs documents appartenant à la même catégorie définie par le contenu des informations⁴⁷. Les catégories de documents doivent alors être définies par l'institution en fonction de leur contenu. Un classement opéré en fonction du type de documents est considéré comme artificiel par le juge et le refus de communication nécessite alors un examen concret et individuel de chaque document. Dans ce cas, on ne peut se contenter d'une seule justification pour plusieurs documents⁴⁸.

⁴⁵ CJUE, 3^e chambre, 21 juin 2012, aff. C-135/11 P, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c. Commission*. Marion LARCHÉ, *Revue Europe*, n° 8, août 2012, comm. 291.

⁴⁶ CJCE, 1^{er} chambre, 1^{er} février 2007, aff. C-266/05, *Sison c. Conseil*.

⁴⁷ Trib. UE, 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commission*.

⁴⁸ Trib. UE, 4^e chambre, 22 mai 2012, aff. T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commission*.

D'autre part, le juge fait jouer des présomptions générales afin de faciliter le travail de l'institution concernée. En matière de contrôle des aides d'État ou dans le cadre des procédures en manquement, la présomption générale d'atteinte à un intérêt protégé est applicable pour des catégories de documents entrant dans le champ d'application de l'exception, ce qui permet à la Commission de ne pas examiner concrètement et individuellement chaque document⁴⁹. On retrouve cette simplification de la tâche de la Commission pour les demandes d'accès à des documents relatifs à des procédures de contrôle des concentrations, la présomption générale valant pour les documents échangés entre la Commission et les parties ou tiers et pour les documents internes de la Commission⁵⁰.

Ces présomptions sont des présomptions simples qui peuvent être renversées par la preuve de l'existence d'un intérêt public supérieur à la divulgation.

Il n'en reste pas moins que le recours fréquent de la Cour de justice à ce système des présomptions générales valant pour des catégories de documents s'oppose à l'exigence d'un examen concret et individuel des documents afin de prouver l'atteinte à l'objectif protégé.

À la vue de la jurisprudence communautaire en matière d'accès aux documents, la mise en balance continue des intérêts divergents ne permet pas de déterminer avec certitude dans quelles circonstances le principe de transparence se verra accorder la primauté sur les nécessités d'une certaine confidentialité, frôlant quelquefois l'idée de secret.

Cependant, n'oublions pas que la culture de l'ouverture repose sur deux piliers : des autorités qui octroient un droit de regard sur leurs procédures et un public intéressé. Il faut donc attendre un changement de mentalité de ceux qui disposent des fonds et exercent des pouvoirs sur les individus. Par ailleurs, la question du public intéressé à la transparence reste encore délicate car c'est rarement le citoyen en tant que tel, afin de participer au processus décisionnel et de développer son aptitude à la démocratie, qui cherche à accéder à la transparence. Il s'agit bien plutôt d'organisations non gouvernementales, de membres du Parlement européen ou d'entreprises, qui ont tous besoin de l'accès aux documents pour des procédures judiciaires internes.

La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est pour le moment abordée sous le seul prisme du droit d'accès aux documents, comme garantie d'une protection juridictionnelle effective. Elle devrait aussi permettre de se poser la question d'une véritable responsabilité

⁴⁹ CJUE, Grande Chambre, 29 juin 2010, aff. C-139/07, *Commission c. Technische Glaswerke Ilmenau*.

⁵⁰ CJUE, 3^e chambre, 28 juin 2012, aff. C-404/10 P, *Commission c. Éditions Odile Jacob*.

des institutions de l'Union à l'égard des peuples. Ainsi, le refus du Conseil de divulguer le nom des auteurs d'amendements à une proposition législative de la Commission (relative à une modification du règlement 1049/2001) était justifié par celui-ci comme protégeant la possibilité d'aboutir à un accord sur le dossier au sein du Conseil. Les délégations des États seraient, en cas de possibilité de divulgation, incitées à ne plus soumettre de vues écrites et à se limiter à des échanges verbaux. Au contraire, l'organisation non gouvernementale Access Info Europe, se présentant comme « *œuvrant à la défense du droit de savoir en Europe* », avançait que l'accès du public aux positions des délégations au sein du Conseil rendait les États membres et les institutions responsables devant les citoyens⁵¹. Le nœud du débat est de savoir si les États membres sont irresponsables devant leurs sociétés pour les positions prises au sein du Conseil ou si les peuples ont le droit de tenir leur gouvernement pour responsable de ce qui se passe réellement au sein de l'institution. Le danger découle d'une éventuelle différence entre la position adoptée par les représentants du gouvernement et celle de l'opinion publique de cet État.

Alain Etchegoyen constate judicieusement que « *notre société est en train de mélanger deux notions très différentes dont les contenus et usages doivent absolument être distingués : la recherche de la vérité et le principe de transparence* »⁵². Et il est important de bien différencier les concepts de légitimité et de confiance. Bien souvent, c'est la confiance dans les institutions qui est remise en cause et rarement le caractère légitime du régime démocratique. En effet, le mécontentement à l'égard d'une institution ne remet pas forcément en question sa légitimité formelle⁵³.

Aujourd'hui, la question de la transparence n'est plus considérée comme un simple moyen, mais comme une fin à atteindre. Le jour où toute la société serait transparente, tous ses maux disparaîtraient. Cette conception a pour origine une opinion erronée qui est de penser que le problème actuel de nos démocraties est un problème de communication et non pas de sens⁵⁴.

51 Dariusz ADAMSKI, « Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the european courts », *Common Market Law Review*, 49, 2012-2, p. 521-558, p. 533.

52 Alain ETCHEGOYEN, *Vérité ou liberté*, Fayard, 2001, p. 229.

53 Marie EICHHOLTZER, *Transparence, Légitimité et Confiance dans la gouvernance européenne*, IEP Lyon II, mémoire de séminaire : « La croisée des chemins dans la construction européenne. Quelles orientations entre approfondissement et élargissement ? », sous la direction de Laurent GUIHERY, soutenu le 2 septembre 2010, disponible en ligne doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/.../eichholtzer.../eichholtzer_m.pdf.

54 *Ibid.*

SECONDE PARTIE

QUELLES TRADUCTIONS
DANS LE DROIT POSITIF ?

PREMIÈRE SECTION

*LA TRANSPARENCE
DES GOUVERNANTS*

Quelle transparence de la vie privée des gouvernants en démocratie ?

Armelle LE BRAS-CHOPARD

Les textes et les organismes (commissions, comités, agences, etc.), pour assurer une meilleure transparence des institutions et activités publiques, se sont multipliés ces dernières années. À l'inverse, en vertu de la séparation du public et du privé, la connaissance de la vie personnelle des individus n'a pas à être divulguée et celle-ci bénéficie même de la protection de la loi. Le responsable politique a dès lors une personnalité duelle : il est un personnage public par ses fonctions et dans l'exercice de celles-ci, la transparence peut être exigée mais aussi parfois la réserve, voire le secret. En dehors de sa charge, il reste un particulier dont l'intimité, la famille n'ont pas à être connues et exposées, et à ce titre, il devrait, comme n'importe quel citoyen, « *tout en restant soumis au contrôle des lois, échapper jusqu'à un certain point au contrôle de la société* »¹.

Mais c'est ce « *jusqu'à un certain point* » qui pose problème dans le cas de l'homme politique. La difficulté provient du fait que le système représentatif porte dans sa conception même une certaine exigence de transparence de la vie privée des gouvernants (I). Celle-ci se trouve, de fait, de plus en plus exposée du fait du brouillage croissant entre les sphères publique et privée – publicisation du privé, privatisation du public – et par le développement considérable des media. Mais l'accès à des données personnelles des responsables politiques reste toutefois partiel : biaisé quand ceux-ci s'expriment à

1 Norbert ÉLIAS, *La société de cour*, Calmann-Lévy, 1994, p. 113.

leur propre sujet (II), il rencontre des obstacles quand ce sont les media qui prennent l'initiative du dévoilement (III). La transparence en démocratie recouvre alors nombre de contradictions : elle est à la fois exigence et interdit et, dans les faits, expression plus ou moins complète de la vérité ou contre-façon de la réalité.

Nous prendrons principalement nos exemples en France et aux États-Unis parmi les dirigeants qui occupent les fonctions politiques les plus élevées car c'est pour eux que la demande de transparence se fait la plus pressante.

I. DÉMOCRATIE ET EXIGENCE DE TRANSPARENCE DE LA PERSONNE DES GOUVERNANTS

Ce sont d'abord les principes mêmes de la démocratie représentative qui présentent un paradoxe : d'une part, en vertu de cette séparation du public et du privé, ce qui ressort de ce dernier n'a pas à être dévoilé ; mais d'autre part, en vertu de la liberté d'expression et, à l'inverse des régimes totalitaires où prévaut l'opacité sur la personne des dirigeants, le citoyen a droit à une information. L'ambiguïté réside dans la polysémie du concept de représentation (A), qui rend fluctuant le domaine où peut s'exercer une investigation sur les hommes politiques au delà de leurs activités publiques (B).

A. La polysémie du concept de représentation

La « *démocratie brute* », comme l'appelait Siéyès, la démocratie directe, étant impossible pour des raisons géographiques et démographiques, « *la médiation de représentants révèle donc de facto sa nécessité* »². Ceux-ci n'ont pas un mandat impératif mais disposent, une fois désignés, d'une indépendance par rapport à leurs mandants. Ils doivent donc obtenir le « *consentement* » de l'électeur, avoir son « *autorisation* »³, une confiance qui se porte sur sa personnalité tout entière : « *les électeurs votent de plus en plus pour une personne, et non plus seulement pour un parti ou un programme* »⁴. La représentation, favorisée par la personnalisation du pouvoir croissante dans les démocraties, s'appréhende donc, au-delà des théories philosophico-juridiques, comme une relation humaine entre gouvernants et gouvernés, prenant une signification différente pour les uns et pour les autres.

² Simone GOYARD-FABRE, « L'idée de représentation à l'époque de la Révolution française », *Études françaises*, vol. 25, n° 2-3, 1989, p. 74.

³ V. Hanna PITKIN, *The Concept of Representation*, California University Press, 1967.

⁴ Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, 1995, p. 279.

Du point de vue des gouvernés, « *la figure du représentant est au carrefour de deux principes : un principe de distinction et un principe d'identification* »⁵. Celle-ci ne joue pas tant sur une similitude professionnelle, sociale, d'intérêts, dans le sens descriptif de la représentation comme « représentativité », que sur des similarités ressenties au travers de ce qui est connu de la vie privée du responsable politique. Identifié à un individu « normal », le titulaire en chair et en os de cette fonction est perçu dans une relation de proximité, souvent assimilée à la visibilité et à la transparence⁶. Mais il est aussi « *un citoyen distingué* »⁷, une personne unique, sélectionnée pour cette charge, donc à distance. Et, en définitive, il y a une « *idéalisation* »⁸ de l'homme politique que le citoyen appréhende comme ce qu'il souhaiterait être et « *considère en même temps comme celui qui lui renvoie la perception la plus favorable de lui-même* »⁹.

Aux gouvernants de combler cette attente. De leur côté, la représentation prend le sens de représentation de théâtre, de mise en scène. Ils ont des « *rôles attendus et exigés* »¹⁰ dans l'exercice de leurs fonctions : une certaine dignité dans le comportement, une certaine tenue vestimentaire, comme un déguisement conforme au rôle¹¹. Mais, autant ils sont encadrés par un certain protocole dans leur prestation sur la « scène politique », autant ils restent libres dans leur vie privée, et libres aussi de la « re-présenter » comme ils l'entendent sous couvert de transparence, de la théâtraliser selon la dramaturgie qu'ils auront eux-mêmes choisie, comme nous le verrons plus loin.

Mais quelle que soit l'acception retenue de la représentation, celle-ci suppose une certaine connaissance de la vie privée des gouvernants : « *Le succès d'un homme politique se mesure à sa notoriété, c'est-à-dire au nombre de ceux qui le connaissent* »¹². Pour autant, tout n'est pas dit, tout ne peut pas ni ne doit être dit. L'étendue de la visibilité de la vie privée a évolué dans le temps.

5 Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998, p. 43.

6 Voir Christian LE BART et Rémi LEFEBVRE, *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, Presses universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », 2003.

7 Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 153.

8 Voir Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne. 1 La présentation de soi*, Les Éditions de Minuit, 1973, p. 41 et s.

9 Jean-Louis NAKBY et Joëlle LEBREUILLY, « Organisation des identités, de soi et d'autrui dans une situation de choix électoral : une approche de psychologie sociale », *Revue française de science politique*, août 1991, p. 560.

10 V. Ralf TURNER, « Role-taking: Process Versus Conformity », in Arnold ROSE, *Human Behaviour and Social Processes*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1962, p. 20-40.

11 Dominique GAULME et François GAULME, *Les habits du pouvoir. Une histoire politique du vêtement masculin*, Flammarion, 2012.

12 Antoine PROST, « Frontières et espace du privé », in Philippe ARIÈS et Georges DUBY, *Histoire de la vie privée*. t. V, *De la Première Guerre mondiale à nos jours*, Éditions du Seuil, 1999, p. 129.

B. Contenu et degré de la visibilité de la vie privée des gouvernants

Le dévoilement de l'existence personnelle des dirigeants politiques, d'abord largement conditionné par l'adéquation aux mœurs de l'époque, tend à s'appliquer à un domaine de plus en plus étendu qui ressort moins de la morale que de l'intérêt général.

Dans sa volonté de pureté, en réaction contre l'Ancien Régime où les maîtresses s'affichaient auprès du Roi mais aussi pour couper court aux adversaires de la démocratie qui craignaient dans ce nouveau régime licence et débauche, la III^e République, en ses débuts, insiste sur le thème de la pureté, symbolisée par la multiplication des fontaines dans les lieux publics, et les hommes au pouvoir se doivent d'être irréprochables. La preuve objective de leur bonne moralité se limite alors à leur état civil : aux plus hautes fonctions, l'homme politique doit, selon une règle non écrite, être marié. La photo des épouses des candidats paraît dans les journaux. On lui demande même plus : il ne doit pas être divorcé ni même avoir épousé une femme divorcée comme ce fut le cas de Poincaré, victime d'une cabale à ce sujet. Le mariage était censé offrir une garantie – parfois illusoire ! –, qu'il ne sera pas volage¹³. L'infidélité était mal vue de l'opinion publique – Aristide Briand a failli compromettre sa carrière politique à la suite d'un procès pour adultère – et cela reste encore largement le cas aujourd'hui. En mai 1987, la vie sentimentale de Gary Hart lui a coûté l'investiture démocrate pour l'élection présidentielle. Bill Clinton a frôlé l'*impeachment* dans l'affaire *Levinski* et l'affaire *Nafissatou Diallo* a fait perdre à Dominique Strauss-Kahn ses chances pour une candidature à la Présidence de la République et l'a conduit à démissionner de son poste au FMI. D'autre part, l'homosexualité peut encore constituer dans les mentalités actuelles, un handicap. C'est ce qu'aurait estimé, selon certains media, dans son cas personnel, Bertrand Delanoë qui, en 2006, songeait à se présenter pour l'élection présidentielle de 2007 en France. En 2012, le candidat Mitt Romney à la Présidence des États-Unis se sépare, sous la pression des ultraconservateurs, d'un conseiller gay¹⁴.

Sans doute n'est-il plus nécessaire aujourd'hui qu'un(e) candidat(e) à la Présidence de la République soit marié(e) : Ségolène Royal, en 2007, ne l'était pas ni François Hollande en 2012. Toutefois, depuis l'élection de ce dernier, la question est régulièrement posée à propos de la *First Girlfriend*. Le député Bernard Debré précise sur son blog en décembre 2012 que Valérie Trierweiler « n'est que la maîtresse du Président ». En mars 2013, une plainte est enregistrée contre Valérie Trierweiler, en tant que « maîtresse » du Président

¹³ Voir Armelle LE BRAS-CHOPARD, *Première dame, second rôle*, Éd. du Seuil, 2009, p. 15 et s.

¹⁴ *Le Monde*, 4 mai 2012.

de la République, pour « *détournement de fonds* », le plaignant estimant scandaleux de payer des impôts pour l'entretien d'une dame qui « *n'a aucun lien juridique avec la Nation* ». Mais, il en fait aussi « *une question de morale* » car « *aujourd'hui c'est M^{me} Trierweiler, demain ce sera peut-être [...] une autre demoiselle qui traîne à droite à gauche* »¹⁵.

La connaissance de la vie privée s'est étendue au fil du temps au-delà de l'entourage immédiat des responsables politiques, en partie par curiosité mais surtout en invoquant l'intérêt général. Le public réclame une traçabilité de ses gouvernants qu'il veut pouvoir suivre « à la trace », et ce, même sur leur lieu de vacances où, pourtant, ils redeviennent à temps plein des personnes privées, ayant mis entre parenthèses provisoirement leurs fonctions officielles. Leur choix pour une destination étrangère peut choquer comme les vacances aux États-Unis de Nicolas Sarkozy, nouvellement élu à la Présidence de la République en 2007, ou celles de la ministre de la Culture Aurélie Philipetti à l'île Maurice en décembre 2012, d'abord niées par son cabinet avant que ne paraisse des photos explicites dans des magazines. Outre un éloignement qui peut sembler préjudiciable au suivi des affaires publiques, c'est le mode de vie qui est incriminé : le coût d'un séjour qui n'est pas à la portée de tous et surtout en période de crise quand il est demandé aux Français de se serrer la ceinture. La fortune des prétendants aux charges publiques est un sujet sensible et l'on se souvient que la photo de DSK sortant d'une Porsche avait d'autant plus heurté l'opinion qu'il était membre du Parti socialiste et, à l'époque, potentiellement son représentant pour l'élection présidentielle de 2012. Les questions financières, parfois sources de conflits d'intérêts, de blanchiment d'argent, d'abus de faiblesse, d'évasion fiscale..., peuvent conduire des personnalités politiques à la démission alors qu'encore présumées innocentes, aucune obligation légale ne les y oblige au moment de la découverte de l'affaire (cas des ministres Woerth ou Cahuzac¹⁶).

Plus s'étend l'exigence de transparence, plus elle s'éloigne de questions de moralité, *stricto sensu*, pour toucher à des éléments plus intimes de la personne des dirigeants. Il en est ainsi de la religion qui ressort pourtant de la liberté de croyance de tout un chacun : le catholicisme de Kennedy aurait pu être un obstacle à son élection dans un pays où les Présidents étaient protestants ; de même, la religion mormone de Mitt Romney n'a pu être dissimulée même si, pendant la campagne électorale de 2012, il a évité d'en faire état. Enfin, encore plus intime, l'état de santé des hommes politiques, et surtout au plus haut sommet de l'État, nécessite une transparence dans la mesure où il peut impacter les capacités d'un dirigeant à assumer ses fonctions.

15 *Le Progrès*, 18 mars 2013.

16 Au moment de la rédaction de cet article, M. Cahuzac n'était pas encore passé aux aveux. La suite de l'affaire mériterait des développements à la fois sur son cas, sur la transparence du patrimoine des élus et des ministres, et sur le mensonge devenu le mot de l'année 2013.

Mitterrand puis Chirac, alors que rien ne les y obligeait légalement, ont décidé de publier des bulletins de santé périodiques, ce qui n'a pas empêché le secret autour de la maladie de Mitterrand ou la façon de minimiser l'accident cérébral de Jacques Chirac.

En définitive, s'il n'est pas nécessaire – et par ailleurs impossible – de tout exposer de sa vie privée sur la place publique, rien ne semble devoir être sciemment dissimulé : « *Pour être connu, il faut accepter de tout révéler sans rien cacher à son public* »¹⁷. Et, comme l'on n'est jamais mieux servi que par soi-même, les hommes politiques s'y emploient... à leur manière.

II. DU DÉVOILEMENT À LA MISE EN SCÈNE DE LEUR VIE PRIVÉE PAR LES DIRIGEANTS EUX-MÊMES

Il apparaît donc indispensable pour un responsable politique d'avoir, en sus d'une légitimation du rôle, une légitimation du titulaire du rôle¹⁸ ; d'apparaître comme un être humain qui a une vie en dehors de ses fonctions. En sus d'une légitimité institutionnelle, il va construire une légitimité cathodique à l'aide de ces nouveaux professionnels que sont les conseillers en communication. En France, les premiers Présidents de la V^e République sont peu portés à l'exhibition de leur vie privée et aux confidences intimes. Pompidou est parfois obligé pour les besoins de la communication de se montrer avec son épouse en vacances mais, en souvenir de l'affaire *Markovic*, il renforce, une fois devenu Président, la loi sur la protection de la vie privée. Pour sa campagne présidentielle de 1974, François Mitterrand refuse d'abord que l'on fasse du « battage » autour de sa personne mais finit par s'y soumettre, présentant aux media sa famille. Lionel Jospin en 2002 a encore du mal à se plier à l'exercice. Il lui faut, dit-il, arriver à « *réconcilier ou à concilier [...] l'homme qu'on est et le responsable public. C'est donc un exercice difficile parce qu'il oblige à sortir un peu de soi-même, il oblige à bousculer sa pudeur quand on en a. Mais comment ne pas le faire si on veut convaincre ?* »¹⁹. Mais dans l'ensemble, les responsables politiques ont tôt compris la nécessité de la transparence. En avril 2007, François Bayrou, alors candidat à la Présidence de la République, estime qu'avant de confier les clefs de la maison (en l'oc-

¹⁷ Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991, p. 226.

¹⁸ Christian LE BART, *Le discours politique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998, p. 78-79.

¹⁹ Lionel JOSPIN, « Interminable », *France Inter*, 5 mars 2002, cité par Marion BALLEZ, *Peur, espoir, compassion, indignation. L'appel aux émotions dans les campagnes présidentielles (1981-2007)*, Dalloz, 2012, p. 419.

currence l'Élysée) à quelqu'un, l'on a besoin de savoir à qui on a affaire, et il se présente ainsi : « *Je m'appelle François Bayrou, j'ai 55 ans, je suis né dans un petit village des Pyrénées qui s'appelle Bordières, dans une famille de paysans* »²⁰, etc. Et l'on voit déjà comment cette sèche énumération qui s'apparente à un *curriculum vitae* est déjà une présentation de soi biaisée car François Bayrou n'est pas fils de paysan mais d'un propriétaire agricole, ce qui ne renvoie pas tout à fait à la même origine sociale. Les responsables politiques passent donc subrepticement de la simple information à une mise en scène de leur vie privée. Ils vont jouer sur deux registres : l'un classique, la famille (A), mais qui sera présenté de manière moins formelle qu'auparavant ; l'autre, l'expression d'émotions face à certains événements de leur vie privée, et ceci est nouveau (B). Dans ce souci de transparence, il s'agit de faire apparaître l'homme « normal », derrière le personnage public mais il ne s'agit pas tant de faire apparaître la réalité qu'un paraître²¹.

A. La famille

Le registre de l'épouse et des enfants est exploité de longue date. Le Président des États-Unis Franklin Delano Roosevelt innove en ce domaine. En 1920, il est candidat à la vice-présidence de son pays et il obtient de son épouse Eleanor qu'elle se fasse photographier avec leurs cinq enfants ; elle sera présente à ses côtés pour l'élection présidentielle de 1932 qu'il remportera. John Fitzgerald Kennedy, qui a par ailleurs des maîtresses, multiplie les photos publiées de Jackie et de leurs deux enfants. Le cliché du petit John John sous le bureau de son père à la Maison-Blanche est célèbre ; une mise en scène que Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'Intérieur, copiera avec l'image du jeune Louis dans son bureau. Dès 1974, Valéry Giscard d'Estaing exhibe ses enfants, son épouse et son chien ; sa fille Jacinthe est à ses côtés sur une affiche électorale. L'épouse est fortement mise à contribution. Si le fait d'être marié n'est plus une obligation, cela reste un plus et il faut donner l'image d'un couple uni. La conjointe s'y plie avec plus ou moins de succès ou de bonne grâce. On se souvient de la piètre prestation télévisée d'Anne-Aymone Giscard d'Estaing faisant ses vœux de bonne année aux Français pour 1976, ou des efforts de Nicolas Sarkozy avec Cecilia au début de son quinquennat. Michelle et ses filles sont omniprésentes aux côtés de Barack Obama dans les occasions officielles et sur les pages des

²⁰ Cité par Marion BALLEZ, *Peur, espoir, compassion, indignations. L'appel aux émotions dans les campagnes présidentielles (1981-2007)* op. cit., p. 147.

²¹ Voir Jean-Marie COTTERET, *Gouverner c'est paraître*, Quadrige, 2002.

magazines. Les membres de la famille restent donc un atout qu'il faut mettre en avant. Et les mœurs évoluant, pourquoi ne pas présenter la famille recomposée ? L'enfant du couple Sarkozy mais aussi, nés d'une précédente union, les filles de Cecilia et les fils de Nicolas Sarkozy sont présents lors de la cérémonie d'intronisation du Président de la République en 2007. Sarkozy entend renouveler l'opération en portant sur ses épaules le fils de Carla lors d'une visite à Petra en Jordanie. L'effet de ce petit garçon, qui se masque les yeux sous l'objectif des photographes, a été si improductif que, durant tout le quinquennat de Nicolas Sarkozy, l'on n'a jamais revu de photo de cet enfant...

S'il s'agit pour un homme politique de donner l'assurance d'une stabilité de la vie privée et celle d'un bon père de famille, l'opération est plus compliquée pour une femme : soit le conjoint n'existe pas ou n'existe plus (les femmes politiques célibataires ou séparées sont proportionnellement plus nombreuses que leurs homologues masculins) soit il refuse d'être exhibé : le mari d'Angela Merkel n'apparaît pas, ou rarement, dans les cérémonies officielles. On en sait donc le minimum sur les maris ou compagnons qui n'entendent pas jouer le rôle de prince consort et la discrétion à leur sujet est largement la règle : Rachida Dati refuse de donner le nom du père de sa fille jusqu'à ce que le différend avec le géniteur supposé emprunte, à l'automne 2012, la voie de la justice et devienne par là même public. Mais les temps changent. En mars 2013, Anne Hidalgo, première adjointe au maire de Paris et candidate à ce poste aux prochaines élections municipales, ouvre les portes de son domicile à *Paris Match* et, photos à l'appui, présente son mari... en cuisine, tandis que sont nommés ses enfants, avec leur prénom et leur âge. Dans la séquence famille, Ségolène Royal avait ouvert la voie en se faisant photographier à la maternité après l'accouchement de son quatrième enfant alors qu'elle était ministre.

Il ne s'agit plus tant de convaincre avec des arguments rationnels comme le supposait l'École du *Rational choice*, que de toucher : « *les qualités privées qu'un homme public sait mettre en scène fondent sa crédibilité d'homme public* »²². Cet exercice de sincérité et de transparence est en fait une entreprise de séduction. Et pour séduire, ce n'est pas seulement un *curriculum vitae* ou même une photo de famille qu'il faut brandir. Pour satisfaire le « *citoyen sentimental* »²³, c'est son propre cœur que l'homme politique va mettre à nu.

²² Antoine PROST, « Frontières et espace du privé », *op. cit.*, p. 131.

²³ Georges E. MARCUS, *Le citoyen sentimental*, Presses de Science Po, 2008.

B. L'étalage des émotions

Il y a peu de temps encore, la domestication des passions était, selon Norbert Élias, un impératif de la rhétorique corporelle de l'homme politique : « *Dès lors, l'essentiel du travail sur soi de l'entrepreneur en re-présentation [de soi, des autres ; et au double sens théâtral et politique] consiste à simuler [...] et dissimuler [ne pas laisser paraître ce qu'on éprouve] au dehors, de ce qui se passe au dedans du corps* »²⁴. L'homme politique s'efforçait alors de ne pas manifester ses affects. Ni le Président Georges Pompidou ni François Mitterrand n'ont laissé transparaître leurs douleurs face à leur maladie qu'ils n'avaient pas dévoilée. Kennedy, alors que son dos lui faisait souffrir le martyr, s'affichait dans les magazines, souriant et bronzé, en maillot de bain, à la barre de son bateau... Et l'on passe de la retenue à l'exhibition ; le corps devient parlant. Dominique de Villepin se baigne dans la mer à La Baule tandis que Nicolas Sarkozy fait son jogging, mouillant de sueur le tee-shirt... Et le cœur aussi s'exprime.

Marion Ballet montre comment « *l'heure est désormais à la proximité et à la transparence, y compris émotionnelle* » et comment on assiste aujourd'hui, particulièrement depuis les années 1990, au « *passage de l'inhibition émotionnelle à un dévoilement affectif* »²⁵, souvent effectué sur des plateaux de télévision. Les sentiments, décomplexés, deviennent le moteur de l'homme politique qui les clame haut et fort : passion d'agir, passion de la France, passion de l'humanité tout entière ; et amour...

Et sur ce point, le plus intime, l'on en revient au schéma conjugal. Tandis que sous l'Ancien Régime, les mariages des dirigeants étaient arrangés au gré des alliances diplomatiques sans possibilité de choix pour le couple concerné, en démocratie – du moins dans l'idéal – c'est l'amour qui réunit deux personnes sans considération de classe ou de fortune et sans que, en général, l'avenir politique du conjoint soit scellé au moment du mariage. A la discrétion de règle jusque ces dernières années, succèdent des manifestations du plus grand romantisme. Le mari fait semblant de s'effacer devant son épouse : « *Je suis le mari de Jackie* » dit modestement Kennedy, une formule, reprise par Pompidou à l'adresse de Claude, puis par Nicolas Sarkozy qui va multiplier les gestes affectueux vis-à-vis de Cecilia pour afficher une entente, pourtant moribonde, avec son épouse au début de son quinquennat, puis son amour pour Carla qu'il tient par la main dans les cérémonies officielles. Et l'homme politique n'hésite plus à embrasser sa femme en public et à lui

²⁴ Eric DARRAS, « Espaces privés à usages politiques. La psychologisation de la scène politique » in CURRAP, *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 378. L'auteur analyse dans cet article l'émission télévisée « Le Divan » de Henri Chapier.

²⁵ Marion BALLET, *Peur, espoir, compassion, indignation. L'appel aux émotions dans les campagnes présidentielles (1981-2007)*, op. cit., p. 50-51.

déclarer sa flamme devant un parterre bien garni : lors de la campagne présidentielle de 2012, après le premier débat avec Mitt Romney, Obama en profite devant des millions de téléspectateurs pour souhaiter à son épouse un bon anniversaire pour leurs vingt ans de mariage. Et, en novembre 2012, dans son discours de réélection, il déclare : « *Michelle, je ne t'ai jamais autant aimée. Je n'ai jamais été aussi fier de toi et de voir le reste des États-Unis tomber amoureux de toi comme je l'ai été et comme je le suis* ».

Mais la vie n'est pas toujours un conte de fées et les responsables politiques, comme n'importe quel autre individu, peuvent avoir des déboires dans leur existence personnelle. Nicolas Sarkozy est passé maître en l'art d'utiliser les turbulences de sa vie privée pour s'assimiler à un grand nombre de Français. Lorsque, en 2005, Cecilia part une première fois, il déclare : « *la vérité est très simple : comme des millions de familles, la mienne a connu des difficultés* » et il évoque la souffrance que lui a causée une telle séparation. Nouvelle épreuve lors du départ définitif de Cecilia sur lequel le candidat à sa propre réélection revient lors d'une émission télévisée en 2012 : « *Et dans les millions de gens qui nous écoutent ce soir, il y en a sans doute beaucoup qui ont vécu ce que j'ai vécu* ». Ce déballage permet de se présenter en victime car tout est la faute de Cecilia : c'est elle qui a voulu la soirée au Fouquet's ; c'est pour elle qu'il a accepté les vacances sur le yacht de Bolloré juste après son élection. Tout occupé à sauver son couple, il n'a pas, dit-il, impacté le poids du symbole qui lui sera si souvent reproché. Comme le note Marion Ballet, il y a une « *surenchère victimaire de la part des candidats* » et « *chacun tente d'être le plus marqué par les épreuves de la vie* »²⁶. Ségolène Royal, alors candidate à la Présidence de la République en 2007, parle aussi des difficultés familiales dans son enfance mais aussi de celles d'être une femme dans un milieu politique masculin qui ne lui facilite pas la tâche. Mais l'essentiel, autre objectif de l'évocation de moments douloureux, c'est de montrer avec quel courage l'épreuve a été surmontée. Nicolas Sarkozy domine son chagrin et non seulement ne se laisse pas aller à la dépression mais fait preuve d'une hyperactivité dans son travail d'homme d'État, hyperactivité qui, selon Catherine Nay, lui aurait permis d'oublier ses problèmes conjugaux²⁷. Ségolène Royal surmonte les railleries et le sexisme durant la campagne présidentielle de 2007, renversant même le stigmate en argument, se présentant elle, traitée de madone, en avocate des droits des femmes et en mère de famille qui a su concilier avec bonheur sa vie politique et son rôle de mère de quatre enfants²⁸.

²⁶ *Ibid.*, p. 165.

²⁷ Catherine NAY, *L'impétueux. Tourments, tourmentes et tempêtes*, Grasset, 2012.

²⁸ V. Armelle LE BRAS-CHOPARD, « Les femmes peuvent-elles être des hommes politiques ? 2007 en France : l'année de tous les dangers », in Jean-Louis AUTIN et Laurence WEIL (dir.), *Le droit, figure du politique*, Faculté de droit Montpellier I, 2008.

Mais du fait qu'il y a mise en scène par l'intéressé lui-même, le message ne saurait être complètement sincère ni dans le choix de ce qui est présenté ni dans la présentation elle-même. Le gouvernant justifie surtout sa « prétention »²⁹ à la légitimité. Aussi, le « consentement » des gouvernés résulte-t-il pour une large part d'une illusion d'optique³⁰. Et celle-ci n'est pas vraiment dissipée par les media dans leurs inquisitions sur la vie privée des hommes politiques.

III. LES MEDIA : ENTRE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET DEVOIR D'INFORMATION

Les media, principaux vecteurs du dévoilement de la vie privée des gouvernants, jouissent certes, de la liberté d'expression. En contrepartie de ce droit, ils ont un devoir d'information. Mais celui-ci se trouve doublement limité : par l'obligation légale du respect de la vie privée (*A*) et souvent, dans la crainte d'y contrevenir, par l'autocensure qu'ils pratiquent sur des informations qu'ils détiennent pourtant sur la vie privée des dirigeants (*B*). Leur attitude pose bien la question de ce qui peut être dévoilé sans tomber sous le coup de la loi et ce qui spontanément n'est pas dévoilé et obère toute transparence.

A. Les obstacles légaux à la transparence : la protection de la vie privée

La protection de la vie privée, bien que renforcée en France par la loi de 1970, à l'article 9 du Code civil, complétée par d'autres lois, se heurte à la question de l'étendue de son champ d'application : jusqu'où peut-elle aller dans le cas de personnes publiques ? C'est, en définitive, la jurisprudence qui tente d'apporter au cas par cas une réponse à cette question. Même si la justice ne s'exerce qu'après la divulgation des faits, qui peut avoir des conséquences désastreuses tant sur la vie privée que sur la carrière politique de l'intéressé, les responsables politiques y ont de plus en plus souvent recours. Nicolas Sarkozy sera le premier Président de la République à porter plainte pour atteinte à sa vie privée contre *Paris Match* qui a publié en couverture la photo de Cecilia, après son premier départ, avec son amant Richard Attias. En 2012, Valérie Trierweiler, à propos de sa photo en maillot de bain au fort de Brégançon ou, soutenue par François Hollande et le ministre Manuel

²⁹ V. Michael SEWARD, *The Representative Claim*, Oxford University Press, 2010.

³⁰ V. Georges BALANDIER, *Le pouvoir sur scènes*, Balland, 1992.

Vals à propos du livre *La frondeuse*, qui lui est consacré, attaque en justice et réclame des indemnités.

La question qui se pose aux tribunaux est bien celle de la limite à ne pas franchir dans le dévoilement non autorisé de la vie privée d'un homme politique... ou de son entourage. La jurisprudence s'avère parfois contradictoire. Ainsi dans l'affaire *Gubler* où le médecin personnel de François Mitterrand publie, après le décès de celui-ci, un ouvrage au titre explicite, *Le grand secret*³¹, révélant que l'homme d'État était atteint d'un cancer de la prostate dès la fin 1981. Le livre est d'abord interdit de vente par les tribunaux français mais l'affaire est portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui leur donne tort, arguant que ce livre s'inscrivait dans un débat d'intérêt général « *relatif aux droits des citoyens d'être le cas échéant informés des affections graves dont souffre le chef de l'État et l'aptitude à la candidature à la magistrature suprême d'une personne qui se sait gravement malade* ». Une latitude de plus en plus importante semble laissée à la presse comme on l'observe en ce qui concerne les photos « volées ». Dans l'affaire *Van Hannover*, trois photos de la princesse Caroline de Monaco représentant son couple en vacances au ski ont été publiées dans un journal allemand en février 2002 : les tribunaux allemands considèrent que les deux premiers clichés ressortissent du « *divertissement* », d'une intrusion injustifiée dans la vie privée. Mais le troisième et son commentaire présentaient un intérêt général puisqu'était évoquée la dégradation de la santé du prince Rainier. La presse était donc en droit de se demander comment en cette occurrence les enfants du Prince conciliaient leur devoir de solidarité familiale avec le souhait de prendre des vacances. La Cour européenne des droits de l'Homme confirme les arrêts de 2007 et 2008 des juridictions allemandes arguant, à propos de la troisième photo, que plus la valeur de l'information est grande et la personnalité importante, plus le respect de la vie privée doit céder le pas devant cette information, Caroline de Monaco n'étant pas une personne ordinaire vu son degré de notoriété et devant être considérée comme une personne publique. Ces deux affaires, qui ont fait jurisprudence, vont donc dans le sens d'une plus grande liberté d'expression, d'autant que, quand il y a condamnation, les pénalités restent légères et, dans le cas des magazines *people*, n'affectent pas leur budget. Y a-t-il pour autant plus grande transparence de la vie privée telle que l'appréhendent les media ? C'est sans compter sur l'effet dissuasif des recours qui se multiplient et l'autocensure que s'infligent les journalistes eux-mêmes.

³¹ Claude GUBLER, *Le grand secret*, Plon, 1996.

B. L'autocensure des media

Dans la mesure où un élément de la vie privée d'un responsable politique peut avoir une incidence sur la vie publique, il doit être connu. Aussi les media sont-ils parfois accusés d'un silence coupable sur certaines situations privées. À cet égard, celle de Mitterrand est emblématique des principaux cas de secrets dont le percement tardif a mis en cause le rôle des media.

Son passé sous Vichy est longtemps resté méconnu avant que Pierre Péan ne le dévoile dans *Une jeunesse française*³². La révélation de faits, sur lesquels Mitterrand, lui-même, était resté très discret, entraîne une polémique à propos de laquelle le Président de la République est obligé de s'expliquer (au cours d'un entretien télévisé avec Jean-Pierre Elkabach sur France 2, le 12 septembre 1992). Mais au-delà de l'information elle-même, c'est le silence de la presse durant un demi siècle qui pose problème et Jean Quatremer déplore que, même au moment de la découverte de ce passé, les unes des journaux se soient « enchaînées sur la complexité du personnage et non sur une remise en cause de l'omerta journalistique »³³... de cinquante ans !

Autre secret du Président soigneusement gardé par les journalistes qui, soit prétextent que ce n'était pas une information importante, soit affirment qu'il s'agissait du respect de la vie privée : sa double famille. Il ne s'agit pas tant d'une question morale – l'existence de la fille adultérine et « cachée » du Président, Mazarine, révélée par *Paris Match* en 1994 – que d'une situation devenue d'intérêt général, ayant trait, d'une part, à l'utilisation de fonds publics qui ont été destinés à Mazarine et sa mère, et d'autre part, aux réactions du Président lui-même pour préserver ce secret ; celui-ci ayant dû couvrir les écoutes téléphoniques de journalistes et de personnalités ainsi que les dérapages de la cellule antiterroriste. Les « aventures » de ses prédécesseurs n'ont pas fait l'objet d'investigations approfondies : tout au plus *Le Canard enchaîné* révéla-t-il l'anecdote de Valéry Giscard d'Estaing emboutissant au petit matin la camionnette d'un laitier alors qu'il était en bonne compagnie, et Bernadette Chirac avouera avoir été « jalouse par moments »³⁴... Or, ces liaisons peuvent avoir éventuellement une incidence sur les affaires de l'État. Un journaliste de *Libération* avoue, des années plus tard, qu'il avait tue, car appartenant au domaine privé – même si cela ne lui est pas paru si anodin ensuite –, la liaison de Roland Dumas, alors ministre des Affaires étrangères, avec la fille du ministre de la Défense syrien³⁵. C'est aussi le risque de trai-

32 Pierre PEAN, *Une jeunesse française*, Fayard, 1994.

33 Jean QUATREMER, *Sexe, mensonges et media*, Plon, 2012, p. 153.

34 Bernadette CHIRAC avec Patrick de CAROLIS, *Conversation*, Plon, 2001, p. 69-70.

35 Pierre HASKI, *Rue89*, 15 mai 2011.

tement de faveur qui est en cause, en 2008, dans le cas de « *l'aventure d'un soir* » de Dominique Strauss-Kahn avec une responsable du FMI, promue ensuite à la BERD ; mais aucun favoritisme n'ayant été constaté, il avait alors été blanchi. Il n'en avait pas été de même en mai 2007, pour Paul Wolfowitz, obligé de démissionner du poste de patron de la Banque mondiale pour avoir augmenté le salaire de sa compagne qui travaillait dans cette institution.

Plus que d'omission, les media peuvent être accusés de complicité de mensonge. Dans la mesure où la stabilité d'un couple est jugée importante par l'opinion publique, surtout pour celui ou celle qui aspire aux plus hautes fonctions, les candidats au deuxième tour de l'élection présidentielle de 2007 ont menti sur l'état de leur relation conjugale : Nicolas Sarkozy comme Ségolène Royal ont joué sur l'image d'une parfaite entente avec leur conjoint alors même que le couple Sarkozy était à la dérive et que le compagnon de Ségolène Royal, François Hollande, vivait avec Valérie Trierweiler ; toutes choses connues bien au-delà de leur entourage respectif et soigneusement passées sous silence.

Mais c'est le cas de Dominique Strauss-Kahn qui informe le mieux sur les pratiques journalistiques quant à la non divulgation d'éléments sur la vie très privée d'hommes politiques. Quand éclate l'affaire Nafissatou Diallo qui fera couler beaucoup d'encre, on s'aperçoit que les journalistes étaient parfaitement au courant du comportement de DSK vis-à-vis des femmes. L'alerte de Jean Quatremer sur son blog dès 2007 était restée sans écho voire étouffée : à cette époque Strauss-Kahn était pressenti pour diriger le FMI ; en 2011, il était donné favori pour les primaires du Parti socialiste destinées à désigner son candidat à l'élection présidentielle de 2012. L'affaire DSK serait pour Jean Quatremer, « *un puissant révélateur des mœurs journalistiques hexagonales* »³⁶ et Yves Poirmeur note de son côté « *la forte autocensure de la presse française sur les affaires mettant en jeu la vie privée des hommes politiques, qui bien que moins prégnante aujourd'hui n'en constitue pas moins un puissant filtre culturel à la publication d'informations la mettant en cause* »³⁷. La presse anglo-saxonne, elle-même accusée au contraire de dérives dans l'étalage de vies privées, critique ce mutisme et cette frilosité de son homologue française comme le fait Alan Cornwell dans le *New York Times* : « *La France, comme beaucoup de pays d'Europe continentale, a choisi une attitude peu intrusive dans le domaine de la vie privée qui offre au pouvoir un degré de protection qui serait impensable en Grande Bretagne ou aux États-Unis* »³⁸. Le scandale DSK met brutalement en lumière les relations entre sexe et pouvoir et, selon certains,

³⁶ Jean QUATREMER, *Sexe, mensonges et media*, op. cit., p. 135.

³⁷ Yves POIRMEUR, *Justice et médias*, LGDJ, 2012, p. 127.

³⁸ Alan CORNWELL, *New York Times*, 8 juillet 2011.

inciterait désormais les journalistes français à moins de retenue sur leurs informations...

Enfin, dernier grand secret de Mitterrand : sa santé. On a évoqué plus haut les problèmes rencontrés par le docteur Gubler. Mais, à part ce médecin, nombre de personnes et de journalistes étaient au courant de la maladie du chef de l'État et ne se sont pas exprimés avant que le Président lui-même ne le fasse en 1992. Le « petit » accident vasculaire cérébral de Jacques Chirac, le 2 septembre 2005, a été minimisé (comme avait été démenti en 2003 par l'Élysée un problème de surdité du Président), sans que la presse aille chercher plus loin au nom du respect de la vie privée. Pourtant, commente Jean Quatremer, il s'agit bien de la capacité d'un politique à exercer le mandat pour lequel il a été désigné : « *savoir si on élit un maniaco-dépressif ou un alcoolique à la tête d'une puissance nucléaire semble pourtant relever de l'intérêt général* »³⁹.

Les investigations des media relèvent alors d'un paradoxe. Tandis qu'ils inondent les pages et les écrans d'éléments personnels mais futiles de la vie privée des dirigeants politiques (les goûts culinaires, les hobbies etc...) et se plaisent à les photographier en maillot de bain, des informations essentielles, touchant à leur personne et pouvant avoir une incidence sur le fonctionnement de l'État, restent cachées alors même qu'elles sont parfois connues des journalistes. Lorsqu'elles arrivent au grand jour et qu'éventuellement la justice s'en mêle, ce ne sont pas seulement les faits eux-mêmes que l'opinion publique accepte mal, mais leur dissimulation. Et la suspicion s'installe sur le comportement d'ensemble des politiques, sur ce qui est inconnu, dont par définition, il est impossible de connaître la teneur.

La vie privée des gouvernants reste donc très « opaque ». Manipulation, omission, diversion, mensonges sont tout autant le fait des hommes politiques eux-mêmes que des media. Faute d'une impossible réglementation de ce qui doit être connu ou tu, c'est *a posteriori* la jurisprudence qui décide au cas par cas de ce qui doit être dévoilé ou non avec pour critère principal, hormis les cas manifestes de contravention à la loi, la notion élastique d'intérêt général.

³⁹ Jean QUATREMER, *Sexe, mensonges et media*, op. cit., p. 151.

Le budget de la Présidence de la République. Du « Secret-Dépense » à la transparence affichée

René DOSIÈRE

231

Il aura fallu attendre 50 ans, c'est-à-dire l'année 2008, pour que la Présidence de la République française dispose d'un véritable budget, soumis au contrôle annuel de la Cour des comptes et du parlement.

Auparavant régnait le « secret-dépense ». Le parlement votait une dotation globale destinée au fonctionnement de la Présidence de la République, sans aucun débat. Aucune observation n'était formulée, pas même parmi l'opposition. Il est vrai que cette dotation était d'un faible niveau : 2,50 millions d'euros (valeur 2005) dans les années 1960-1970, et elle évoluait très peu, diminuant même sous la Présidence du général de Gaulle ! La découverte de la progression très forte de cette dotation (+ 798 %) durant la Présidence de Jacques Chirac (1995-2007) a focalisé mon attention sur le budget de l'Élysée¹.

Cependant, malgré son augmentation sensible, cette dotation (32 millions d'euros en 2005) ne finançait qu'un tiers des dépenses réelles de l'Élysée. Les autres sources de financement étaient au nombre de trois.

La principale provenait des budgets ministériels dont une quinzaine étaient mis à contribution principalement ceux de la Défense, des Affaires étrangères, et de la Culture. Exceptionnels sous la III^e et la IV^e République, ces financements ministériels se sont développés au rythme de l'élargissement

¹ V. mon ouvrage : *L'argent caché de l'Élysée*, Éd. du Seuil, 2007, dans lequel j'ai exposé les modalités de cette première exploration du budget de l'Élysée.

des compétences et de l'activité de la Présidence de la République. Puisque le Président est le véritable chef de l'exécutif, qu'il dispose de l'autorité sur chaque ministère, il peut puiser dans chaque budget ce qui lui évite de disposer d'un budget propre. Cette manière de procéder compensait, en quelque sorte, l'absence d'un « vrai » budget de la Présidence, dont la nécessité – et peut être aussi l'opportunité politique – n'était pas apparue au général de Gaulle lorsqu'il fonda la V^e République.

La part la plus importante de ces financements ministériels concernait les dépenses de personnel, plusieurs centaines de fonctionnaires (dont on a longtemps ignoré le nombre exact) étant mis à disposition de l'Élysée. Le plus grand nombre était issu du ministère de la Défense (gendarmes et garde républicaine). Les ministères supportaient principalement le coût des déplacements du Président, en France et à l'étranger, ainsi que les gros travaux de maintenance et de rénovation des locaux.

En interrogeant systématiquement, pendant plusieurs années, chacun des ministères concernés, j'ai pu établir, pour la première fois, le montant approché total des dépenses élyséennes. Ainsi, en 2005, alors que la dotation « parlementaire » s'élevait à 32 millions, les financements « ministériels » atteignaient 58 millions, soit les 2/3 des dépenses réelles de l'Élysée. La nécessité d'un « regroupement » devenait de plus en plus évidente surtout avec la mise en place de la LOLF (loi organique relative aux lois de finances). Il faudra cependant attendre encore trois ans.

Ces financements ministériels étaient complétés par d'autres ressources plus discutables. Ainsi, les entreprises nationales (EDF, Air France, etc.) avaient l'habitude de rémunérer certaines personnalités qui, en réalité, travaillaient à l'Élysée. Rappelons qu'à l'époque il n'existait aucun mécanisme de financement public de la vie politique. D'où la multiplication des financements « occultes », tant au niveau national qu'au niveau local. Bien entendu, on n'a jamais connu leur nombre, la discrétion étant de mise puisqu'on était dans l'illégalité et l'abus de bien social. Ce système d'emplois « fictifs » disparaîtra dans les années 1990.

Enfin, dernière ressource : il s'agit des fonds « secrets ». Par définition, le montant de ces sommes et de leur utilisation demeurent secrets. Un rapport gouvernemental demandé par Lionel Jospin, alors Premier ministre, révélera que les fonds secrets affectés à l'Élysée atteignaient en 2001 3,96 millions d'euros. La suppression, à partir de 2002, de ces fonds secrets sera largement compensée par des crédits budgétaires, à hauteur de 5,5 millions.

Ce financement, pour le moins hétéroclite, n'a jamais suscité l'intérêt du parlement jusqu'en juillet 2001, date à laquelle je débute mes investigations sur le budget de l'Élysée².

2 V. *Ibid.*

Plus étonnant, aucun des ouvrages ou mémoires concernant la Présidence n'évoque cette situation baroque, sinon de manière anecdotique. Seul, un haut fonctionnaire – Jean Massot a souligné le caractère artificiel des crédits officiels de l'Élysée, en 1977 et 1987, mais son travail administratif n'aura pas de conséquence pratique³.

Enfin, l'argent de l'Élysée échappait à toutes les règles de la comptabilité publique en particulier le Code des marchés publics, et il n'existait aucun contrôle d'aucune sorte, la Présidence n'ayant de comptes à rendre à personne. Dans les faits, il s'agissait d'une gestion privée. Il est vraisemblable qu'il ne subsiste aucune trace des dépenses effectuées durant ces périodes, et qu'il sera bien difficile de connaître – même de manière approximative – le budget de la Présidence de la République avant le deuxième mandat de Jacques Chirac.

À partir de l'année 2008, la situation change : Nicolas Sarkozy décide de réformer le budget de la Présidence. Désormais, le budget regroupe l'ensemble des dépenses prises en charge par les ministères et les institutions diverses. De ce fait, le montant du budget passe de 35 millions (en 2007) à 113 millions d'euros (en 2008). Concomitamment, les budgets ministériels concernés sont allégés du montant de leurs participations, qui n'ont pas toujours été faciles à évaluer précisément.

Seconde décision du chef de l'État : ce budget sera, désormais, soumis au contrôle – annuel – de la Cour des comptes, qui pourra vérifier la régularité des dépenses (et certainement pas leur opportunité). Cette intervention de la Cour est d'autant plus importante que c'est la première fois dans l'histoire de France que les dépenses du « souverain » (Roi, Empereur, Président) sont vérifiées et contrôlées. Cela implique que l'Élysée doit désormais conserver les justificatifs des dépenses – autrement dit les factures – puisque c'est sur la base de ces justificatifs que les analyses de la Cour sont réalisées.

Cette intervention de la Cour va être décisive pour améliorer la gestion de l'Élysée. Procédant à l'analyse détaillée des dépenses dans certains secteurs – les sondages en 2008, les déplacements présidentiels en 2009 – la Cour fait apparaître l'ampleur des dysfonctionnements (coutumiers en quelque sorte) et des surcoûts qui en résultent. Ses observations vont conduire le directeur de cabinet, qui a la responsabilité du budget élyséen, assisté du directeur financier de la Présidence, à mettre en place « *une gestion attentive à la règle de droit, soucieuse d'efficacité et économe des deniers publics* » selon le langage feutré propre à la Cour des comptes.

Troisième décision : le Président demande au parlement de fixer le montant de son traitement. La situation antérieure était pour le moins étonnante : le Président fixait lui-même le montant de sa rémunération. La coutume s'était instituée de le maintenir au même niveau que le prédécesseur – de l'ordre de

³ Jean MASSOT, *La Présidence de la République en France*, La Documentation française, 1977, rééd. 1986.

7 000 euros. En réalité, il s'agissait non d'un traitement, mais plutôt « d'argent de poche », compte tenu de la prise en charge par le budget de l'Élysée de la totalité des frais du Président, de l'absence de séparation entre dépenses privées et publiques, et, du non-contrôle sur les dépenses de la Présidence. Fixer par la loi le niveau de la rémunération, alors que le budget est désormais contrôlé par la Cour des comptes, va avoir une conséquence non négligeable : désormais il convient de séparer les dépenses privées – que le Président doit prendre en charge lui-même – et les dépenses publiques. Ainsi, dès son premier rapport, la Cour relève l'existence de dépenses privées prélevées sur le montant de la dotation publique, ce qui conduira le Président à en rembourser le montant au budget de la Présidence. La même procédure sera suivie en matière de déplacements privés du chef de l'État, désormais assurés par la flotte gouvernementale, et, remboursés sur la base d'un tarif forfaitaire. On pourra souligner que la distinction entre dépenses privées et publiques n'est pas toujours nette, mais désormais, elle est admise, ce qui est l'essentiel.

La décision du Conseil constitutionnel, au nom de la séparation des pouvoirs, qui considère que la rémunération du Président n'est pas du domaine de la loi, mais d'un décret, ne modifie pas les conséquences de cette fixation.

On connaît, désormais, le « vrai budget » de l'Élysée dont les données essentielles figurent dans le tableau ci-après.

L'évolution du budget de la Présidence (en milliers d'euros)

	2008	2009	2010	2011	2013 (prév)
Dépenses	113 184	114 288	114 097	115 658	105 433
Recettes propres	3 212	2 175	2 019	6 165	1 950
Dotation de l'État	109 992	112 335	112 534	110 053	103 483

NB. Les périmètres budgétaires ne sont pas semblables d'une année sur l'autre. Les évolutions en pourcentage sont donc aléatoires.

Coté recettes, l'année 2011 est spécifique, avec des reprises sur provision et un remboursement à l'État d'un trop-perçu (2 millions) des années précédentes.

Au terme de cette analyse, peut-on affirmer que la transparence est réalisée ?

On peut distinguer la *transparence externe* – autrement dit existe-t-il encore des financements extérieurs ? – et la *transparence interne* – connaît-on le détail des dépenses⁴ ?

⁴ Le détail des dépenses de la Présidence de la République est exposé dans mon ouvrage, *L'argent de l'Etat – Un député mène l'enquête*, Éd. du Seuil, 2008, éd. mise à jour, coll. « Points », 2013.

S'agissant du premier point, il faut noter que quelques dépenses continuent à être prises en charge par certains ministères. Ainsi, le ministère de la Culture finance directement l'entretien des bâtiments et du mobilier de la Présidence ainsi que les gros travaux de rénovation (environ 10 millions d'euros par an) au titre des monuments historiques. Le ministère de l'Intérieur supporte directement le coût des policiers qui assurent la sécurité extérieure du Palais (environ 12 millions d'euros) et celle des résidences présidentielles (pour un montant inconnu). Le ministère des Affaires étrangères continue à prendre en charge certaines dépenses liées à la préparation des déplacements du Président, aux réceptions de chefs d'État étrangers en France et diverses autres dépenses mineures (au total environ 1 million d'euros). Enfin le ministère de la Défense ne facture pas la totalité des dépenses de transport aérien de la Présidence et supporte, de ce fait, une dépense indue de l'ordre de 3 millions d'euros.

Au total, une dépense de l'ordre de 25 millions reste à la charge des ministères extérieurs. Ces dépenses sont, désormais, bien identifiées dans les budgets correspondants. À défaut de les intégrer dans le budget présidentiel, il serait utile de les faire apparaître clairement.

Concernant la transparence interne, de gros progrès restent à accomplir. La loi de finances 2002 précisait qu'à partir de 2003, l'Élysée devrait fournir un document explicatif de son budget. Mais à l'usage, il est apparu que ce document de quatre à cinq pages est particulièrement succinct : seules quelques grandes rubriques de dépenses y figurent et les commentaires sont toujours vagues et peu explicites. Cette orientation s'est maintenue sous Nicolas Sarkozy, alors même que le volume du budget avait triplé. De ce fait, la présentation du budget se décline en quelques postes aux montants importants et à des commentaires trop synthétiques. Il est donc impossible de suivre l'évolution détaillée des dépenses.

Trois postes de dépenses, compte tenu de leur montant, mériteraient davantage de précisions. *Les frais de personnel* représentent 62 % du budget. Les effectifs, qui ont évolué de 983 personnes (au 1^{er} juillet 2007) à 882 (au 1^{er} janvier 2012) après un pic à 1 051 (au 1^{er} janvier 2008), comprennent pour l'essentiel des fonctionnaires mis à disposition au nombre de 741 en provenance de 24 ministères et organismes divers (dont 385 gendarmes et policiers et 113 autres militaires) et 141 contractuels recrutés directement par l'Élysée (notamment au cabinet présidentiel). Si les fonctionnaires sont toujours rémunérés par leur ministère d'origine, leur coût salarial est remboursé par la Présidence qui, en outre, leur attribue des indemnités de sujétion particulière (primes). Le coût salarial annuel moyen s'élève (en 2010) à 71 149 euros (les valeurs extrêmes allant de 50 000 à 145 000 euros) auxquels s'ajoute une indemnité moyenne de 3 305 euros (dans une fourchette de 841 euros à 37 000 euros).

Les frais de déplacements (18 % des dépenses) regroupent le montant des remboursements au ministère de la Défense (qui gère la flotte aérienne gouvernementale) et les dépenses liées à l'hébergement et la préparation des voyages. Il n'est pas fait de distinction entre les voyages intérieurs et les voyages à l'étranger. S'agissant des voyages en France, le coût des forces de police mobilisées à cette occasion est pris en charge par le ministère de l'Intérieur.

Enfin, les *dépenses courantes* (17 % des dépenses) regroupent les approvisionnements et les frais d'entretien et de maintenance des locaux (qui ne se limitent pas au Palais, mais comprennent également l'hôtel Marigny, le Palais de l'Alma – quai Branly – et des locaux annexes rue de l'Élysée). Pour que la transparence soit effective, il reste un dernier progrès à accomplir, essentiel qui consiste à rendre public – sur internet – le budget de l'Élysée, comme l'est tout budget des collectivités locales, dont les montants sont très supérieurs à celui de l'Élysée (qui correspond à celui d'une commune de 60 000 habitants).

Les interrogations qui subsistent concernent la gestion interne de la Présidence. Il en est ainsi des inégalités de rémunération liées aux origines ministérielles diverses des agents en poste et de la distribution des indemnités de sujétion particulière, dont on ignore les critères de répartition. De même aucune instance représentative du personnel n'existe, ce qui peut paraître curieux au regard de la législation du travail, d'autant plus que la carrière des agents dépend tout autant de leur ancien ministère que de leur affectation à l'Élysée.

Désormais, le budget de l'Élysée a cessé d'être un sujet tabou. La Commission des finances procède chaque année à un examen attentif de ce budget, dans le cadre de la mission « pouvoirs publics », facilité par la volonté de transparence de la Présidence qui répond aux questions du rapporteur spécial (choisi au sein de l'opposition). Progressivement, les règles concernant la gestion de l'argent public (mise en concurrence, marchés publics, transparence...) s'imposent dans le fonctionnement quotidien de la Présidence de la République. Le contrôle annuel, de la Cour des comptes constitue une garantie supplémentaire d'une gestion maîtrisée de l'argent public.

Quelle est la conséquence de ces diverses réformes ? Certes, la transparence s'est améliorée sur le budget de la Présidence, l'Élysée n'hésitant plus à répondre aux questions des médias, de plus en plus nombreux à s'intéresser à ses dépenses. Il est même probable que la France fasse désormais partie des pays où les dépenses du chef de l'État sont le mieux identifiées, compte tenu de la consolidation réalisée entre les divers postes de dépenses. Toutefois, pour que notre pays devienne un modèle, il conviendrait d'améliorer la transparence sur la nature des dépenses.

La transparence dans le financement des acteurs politiques

Pierre ESPLUGAS

La transparence dans le financement des acteurs politiques est aujourd'hui perçue en France comme un véritable leitmotiv, si ce n'est comme une rengaine. Pourtant, paradoxalement, alors que notre pays peut se revendiquer d'une ancienne et longue tradition démocratique, la transparence financière a longtemps été une question oubliée. Il a fallu en effet attendre 1988 pour que soient promulguées les deux importantes lois du 11 mars 1988 relatives à la « transparence financière de la vie politique »¹. La France, de ce point de vue, était une démocratie attardée dans la mesure où les premières législations sur le financement des campagnes électorales sont apparues dans les grandes démocraties bien plus tôt, à la fin du XIX^e siècle pour le Royaume-Uni (1883)², et se sont étendues à partir des années 1960-70 dans la plupart des autres démocraties (par exemple, en Allemagne en 1967³,

1 Loi organique n° 88-226 et Loi n° 88-227 du 11 mars 1988.

2 La loi de 1883 portait sur la limitation des dépenses électorales des candidats. Le régime actuel résulte de la loi de 1983 relative à la représentation du peuple (*Representation of the people act*), de la loi de 2000 relative aux partis politiques, aux élections et au référendum (*Political parties, Elections and Referendum Act*) et de la loi de 2009 relative aux partis politiques et aux élections (*Political Parties and Elections Act*).

3 Loi sur les partis politiques du 24 juillet 1967.

aux États-Unis en 1972⁴, en Italie en 1974⁵ et en Espagne en 1985⁶).

Pour expliquer ce vide législatif, on peut se risquer à avancer une raison d'ordre psychologique : les Français entretiennent avec l'argent un rapport qui relèverait de l'ordre du tabou et mêler l'argent à la politique, activité censée être désintéressée exercée en vue de satisfaire le seul intérêt général, serait quelque chose par nature d'indécemment, qu'on ne veut pas voir. Cependant, au cours des années 1980-1990, la révélation d'un certain nombre d'affaires de corruption⁷ a agi comme une sorte de révélateur de conscience : on admet que la démocratie suppose des moyens financiers mais, dont l'usage, spécialement lorsqu'il s'agit de deniers publics, doit être connu et contrôlé⁸.

C'est pourquoi le législateur, comme s'il voulait se racheter de son renoncement coupable, a été pris, à partir de 1988, d'une frénésie réformatrice⁹ en modifiant ces lois à de multiples reprises¹⁰. Le rythme de réformes s'est même récemment accéléré avec les lois tirées du « paquet électoral » du 14 avril 2011¹¹

4 *Federal elections campaign act* du 7 février 1972 (modifié le 15 octobre 1974, en 1976 consécutivement à la décision de la Cour suprême « *Buckley c. Valeo* » 424 *US.1.1976* et par un *act* du 8 janvier 1980).

5 Le régime actuel en Italie résulte des lois n° 441 du 5 juillet 1982 modifiée portant dispositions pour la publication de la situation patrimoniale des titulaires de charges électives et n° 515 du 10 décembre 1993 sur les campagnes électorales pour l'élection à la Chambre des députés et au Sénat.

6 Loi organique n° 5 du 19 juin 1985 sur le régime électoral général.

7 Le 3^e *Rapport d'évaluation de la France sur la Transparence du financement des partis politiques* adopté par le GRECO du 16-19 février 2009 note qu'il y aurait plus de 600 affaires jusqu'au milieu des années 1990. V. aussi, Jean-Noël JEANNENEY, *L'argent caché. Milieux d'affaire et pouvoir politique dans la France du XX^e siècle*, Fayard, 1983.

8 Sur ce « revirement » destiné à prendre en compte les questions financières en politique, v. Guy CARCASSONNE, « Du non-droit au droit », in *L'argent des élections, Pouvoirs*, n° 70, 1994, p. 7.

9 Le rapporteur public Stéphane Fratacci ouvrait ainsi, avec une pointe de lassitude, ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 10 juin 1996, Élections cantonales de Toulon (req. n° 162481, Lebon, p. 201) : « *Faut-il désespérer de l'instabilité de la législation sur le financement de l'activité politique en général et des campagnes électorales en particulier ?* ».

10 Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques ; Loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990, relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés ; Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; Loi organique n° 95-62 du 19 janvier 1995 modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du Président de la République et à celles des députés à l'Assemblée nationale ; Loi n° 95-63, 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du parlement notamment ; Loi ordinaire n° 95-65, relative au financement de la vie politique ; Loi organique n° 95-72, 20 janvier 1995 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République ; Loi n° 95-126 du 8 février 1995, relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions ; Loi n° 96-5 du 4 janvier 1996 relative à la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

11 Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs, Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du Code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, Loi n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France.

et celles du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique¹² mettant en particulier en œuvre les recommandations de la « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique » présidée par l'ancien Premier ministre Lionel Jospin¹³. Compte tenu du caractère sensible de la matière, il n'est d'ailleurs pas certain que ces lois suffisent à stabiliser la législation et que soient exclues de nouvelles modifications pour l'avenir.

Pourtant, l'arsenal législatif est aujourd'hui complet, au moins si l'on en juge par le champ des personnes concernées. Le régime législatif mettant en œuvre une transparence financière touche, en effet, tous les acteurs de la vie politique, c'est-à-dire, non seulement les *élus*, mais, avant de l'être, les *candidats aux élections*¹⁴, les *partis politiques* ainsi que les *titulaires de fonctions* comme les membres du gouvernement.

Sur la définition de la transparence financière, un des éléments de la problématique n'est fondamentalement pas différent de la thématique générale des actes de ce colloque. La question se pose en effet de savoir si la transparence financière est une *notion* qui peut être appréhendée juridiquement et si c'est une notion *prescriptive*.

Il est un fait que la transparence financière est un terme structurant du discours juridique¹⁵ comme l'illustrent, par exemple, l'intitulé même des lois de 1988 sur la *transparence financière* de la vie politique ou l'appellation de la Commission pour la *transparence financière* de la vie politique.

Cependant, si l'on examine le contenu de ces lois, l'on constate que la transparence financière ne constitue pas en tant que telle une règle juridique génératrice directement d'obligations pour les acteurs politiques. Il s'agirait, en fait, d'un préalable exposé sous forme de valeur, d'objectif, de but à atteindre qui justifie, en second lieu, un régime juridique prescriptif. C'est donc la traduction de cet objectif de transparence financière en règles juridiques dans le droit positif qu'il convient d'étudier dans un premier temps (I).

En outre, on doit souligner que l'objectif de transparence financière n'est pas donné *a priori* dans la mesure où celui-ci renvoie à une représentation idéale de la cité et peut toujours être dépassé. On peut être sans cesse plus exigeant dans la transparence financière des acteurs politiques sans pour autant qu'une telle surenchère soit toujours souhaitable. Il est donc nécessaire de s'interroger,

12 Loi organique n° 2013-906 et Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique.

13 *Pour un renouveau démocratique*, Rapport de la « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique » remis au Président de la République le 9 novembre 2012.

14 Il a toutefois fallu attendre la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 (art. 20) pour que toutes les élections en France soient concernées par la transparence financière avec l'extension de la législation sur le financement des campagnes électorales aux élections sénatoriales (Code électoral art. L. 308-1 al. 1^{er} : « Le chapitre V bis du titre Ier du livre I^{er} est applicables aux candidats aux élections sénatoriales »).

15 Sur cette question, voir la thèse de Jean-François KERLÉO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Lyon 3, 2012, spéc. p. 12 et s.

dans un second temps, aussi bien d'ailleurs en termes de stricte opportunité qu'en termes de conciliation avec d'autres exigences juridiques contradictoires, sur le degré pertinent de transparence financière (II).

I. LA TRADUCTION DANS LE DROIT POSITIF DE L'OBJECTIF DE TRANSPARENCE FINANCIÈRE

La traduction en règles juridiques de l'objectif de transparence financière est dictée par les raisons qui le justifient ; celles-ci sont au nombre de trois :

- des raisons politiques qui visent à rétablir une relation de confiance entamée à la suite d'affaires de corruption entre les citoyens et leurs représentants ;
- des raisons juridiques en vue d'assurer une égalité des chances entre les acteurs politiques ;
- des raisons économiques qui, par les restrictions et le plafonnement des dépenses électorales que cet objectif impose, constituent une source d'économie pour les acteurs politiques et la collectivité.

En conséquence, tout comme d'ailleurs l'objectif de transparence appréhendé d'une manière générale, la transparence financière suppose, tout d'abord, que les informations relatives au financement des acteurs politiques soient visibles. Cela implique donc que les informations soient, d'une part, accessibles et, d'autre part, sincères. Dans les deux cas, la transparence financière peut présenter des spécificités qui conduisent, en premier lieu, à limiter l'accessibilité de ces informations (A) et, en deuxième lieu, à renforcer les garanties quant à la sincérité des informations fournies (B). Ensuite, l'architecture du système de transparence financière implique une maîtrise des ressources disponibles (C).

A. L'accessibilité limitée à l'information financière

Le principe est celui de l'accessibilité à l'information financière intéressant les acteurs politiques. Pour les *candidats*, l'accessibilité résulte de l'obligation de retracer l'ensemble des recettes perçues et l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection au sein d'un compte de campagne transmis à la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques (CNCCFP)¹⁶. De même, les *partis politiques* ont l'obligation de tenir une comptabilité également transmise à la CNCCFP¹⁷.

¹⁶ Code électoral, art. L. 52-12, al. 1^{er}.

¹⁷ Loi n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 11-7.

Concernant les *élus*, comme le Président de la République¹⁸, les députés au Parlement national et européen¹⁹, certains élus locaux²⁰ et les *titulaires de fonction*, comme les membres du gouvernement²¹, il est organisé une accessibilité des informations intéressant leur patrimoine et leurs intérêts. Celle-ci se justifie par la volonté d'éviter un enrichissement durant leur mandat ou fonction ainsi que par le devoir d'exemplarité qui s'attache à leur charge. À ce titre, les personnes assujetties précitées doivent déposer auprès du Président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique deux déclarations de patrimoine et d'intérêts, l'une au début de leur mandat ou de leur entrée en fonction et, l'autre au terme de leur mandat ou au moment de la cessation de leur fonction.

Cependant, si le principe est celui de l'accessibilité de l'information financière, celle-ci est aussi limitée. Ainsi, la CNCCFP ne publie dans ses rapports les comptes de campagne que « *sous une forme simplifiée* »²². De même, elle n'assure la publication au Journal officiel de la comptabilité des partis politiques que de manière « sommaire »²³. Toutefois, on pourrait imaginer, comme le suggère le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe²⁴ ou l'ONG Transparency International France²⁵, que les partis, voire les groupes parlementaires, soient astreints également, comme dans d'autres États (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni)²⁶, à déposer un compte de campagne dans la mesure où ils sont incontestablement parties prenantes du processus électoral (au moins parce qu'ils sont les seules personnes morales à pouvoir financer un candidat ou parce qu'ils peuvent apporter un concours en nature ou prêter de l'argent). Cela n'est cependant pas le cas aujourd'hui car le droit électoral français considère que

18 Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, art. 3 I **modifié** par la Loi n° 2013-906 du 11 octobre 2013, art. 9 (Le Président de la République est assujéti seulement à une déclaration de patrimoine mais non d'intérêts).

19 Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 1 ; Code électoral, art. L. 135-1.

20 Sont assujettis à l'obligation de déclarations patrimoniale et d'intérêt les titulaires de certains mandats électifs comme les responsables d'exécutifs locaux, notamment les présidents de conseil régional, de conseil général, les maires d'une commune de plus de 20 000 habitants, les conseillers régionaux, généraux, et adjoints aux maires d'une commune de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature de la part du responsable de l'exécutif local concerné (**Loi** du 11 octobre 2013, art. 11).

21 Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 4.

22 Code électoral, art. L. 52-12, al. 4.

23 Loi n° 90-55, 15 janv. 1990, art. 11-7.

24 *Rapport d'évaluation de la France, Transparence du financement des partis politiques* adopté par le GRECO lors de sa 41^e session plénière, 16-19 février 2009, p. 28.

25 Rapport sur *Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, Transparency International France, 2011, p. 133 et 172.

26 V. en particulier, *Rapport sénatorial, Étude de législation comparée- La limitation des dépenses électorales et les comptes de campagne*, janvier 2011, n° 212.

**modifié ou
modifiée ?**

**Manque numéro
de la loi ?**

la candidature à une élection est toujours juridiquement le fait d'une ou de plusieurs personnes physiques mais jamais d'un parti politique.

La question peut aussi se poser de la publication d'informations sur les comptes des candidats ou des partis, non pas après l'élection ou sur une base annuelle, mais, autant que faire ce peut, en temps réel, par voie électronique, pour permettre un accès des citoyens au moment où cela représente un intérêt pour eux, en pratique au cours d'une campagne électorale. Il est vrai cependant qu'il est délicat de publier des comptes de campagne « intermédiaires » non validés par la CNCCFP.

Par ailleurs, la confidentialité à l'égard des tiers pour les dons consentis à l'occasion d'une campagne électorale à un parti politique ainsi que pour les cotisations versées à celui-ci est garantie par le fait que la loi ne prescrit pas de publication du nom des donateurs. Le donateur ne peut être identifié que par l'administration fiscale et la CNCCFP, par l'intermédiaire d'un système dit de « reçus-dons » qui consiste à ce que le mandataire du parti ou du candidat délivre à chaque donateur un reçu détaché d'une souche éditée par la CNCCFP, celui-ci indiquant, outre le montant et la date du versement, l'identité et l'adresse fiscale du donateur que lorsque le don consenti ou la cotisation versée excède 3000 euros²⁷.

S'agissant de la transparence patrimoniale, dans le but de concilier la légitime information des citoyens et le respect de la vie privée des personnes investies de responsabilités publiques, la loi a prévu toute une série de restrictions au principe de la publicité des déclarations de patrimoine et d'intérêts s'agissant notamment des noms des conjoints ou partenaires, des adresses des établissements financiers et les numéros des comptes détenus, des indications relatives à la localisation des biens, des noms et de l'évaluation de certains biens en situation d'indivision²⁸. Le Conseil constitutionnel a même écarté, au nom de la protection de la vie privée, l'obligation de déclarer les activités professionnelles des parents et enfants des personnes assujetties²⁹. Surtout, si le principe est certes désormais la publication, la rigueur des modalités de consultation des déclarations de patrimoine et d'intérêts en atténue la portée. En effet, celles-ci ne sont consultables par les électeurs qu'à la préfecture du département d'élection de la personne concernée sans que ceux-ci ne puissent à leur tour publier ou divulguer de tels documents³⁰. De plus, le Conseil constitutionnel a exonéré les élus locaux assujettis à une obligation de dépôt de déclaration de patrimoine de celle de la publier compte tenu

27 Décret n° 90-606 du 9 juillet 1990, art. 11 ; C. élect. art. R. 39-1.

28 Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 5.

29 Cons. const., n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, cons. 29 et n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, cons. 15.

30 Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 12.

de leur proximité particulière avec leurs électeurs³¹. Le principe est donc, non pas celui de la publication, mais plus précisément celui de l'accessibilité limitée à l'information financière.

B. La sincérité renforcée de l'information financière

La sincérité de l'information financière est renforcée par la palette des garanties instituées. La mise en œuvre d'un principe de séparation entre différents organes ou fonctions constitue l'une de ces garanties essentielles. Cette séparation est celle, en premier lieu, entre, d'une part, un « ordonnateur », qui est le candidat ou le responsable d'un parti politique, et qui ne peut effectuer directement aucune opération de collecte de recettes et de dépenses et, d'autre part, le « comptable » qu'incarne le mandataire financier pour lequel le recours est obligatoire³² pour collecter les recettes ou procéder aux opérations de dépenses lors d'une campagne électorale³³ ou effectuées par un parti politique³⁴.

Plus fondamentalement, la séparation concerne, en second lieu, celle entre la qualité de candidats et celle d'élus. Cela implique en particulier l'interdiction pour le candidat d'utiliser les moyens dont il dispose en sa qualité d'élus³⁵. Il serait, en effet, inéquitable qu'un candidat, notamment sortant, puisse bénéficier de certains avantages matériels liés à l'exercice de son mandat. Cela justifie donc la sévérité actuelle de la CNCCFP et du juge qui considèrent qu'un avantage octroyé par une personne publique est, en fonction de sa valeur, un motif autonome de rejet du compte de campagne³⁶.

Cette interdiction, une fois de plus logique, génère toutefois pour les acteurs politiques un certain nombre « d'acrobaties » matérielles qui mériteraient sans doute un meilleur traitement. C'est le cas, par exemple, lorsque

31 Cons. const. 2013-676 DC du 9 octobre 2013, cons. 20.

32 À l'exception de l'élection des conseillers généraux dans les cantons de moins de 9 000 habitants et de l'élection des conseillers municipaux dans les communes de moins de 9 000 habitants.

33 Code électoral, art. L. 52-4.

34 Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 11-2.

35 L'interdiction pour un candidat d'utiliser des moyens publics n'est pas formulée d'une manière générale par le Code électoral. Elle résulte cependant implicitement de l'interdiction faite aux personnes morales, donc notamment publiques, de « participer au financement de la campagne électorale d'un candidat, [...] en lui consentant des dons sous quelque forme que ce soit, [...] en lui fournissant des biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués » (Code électoral, art. L. 52-8). Cette interdiction résulte aussi de manière plus particulière de l'interdiction de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité territoriale (Code électoral, art. L. 52-1).

36 CE, 15 janvier 1997, ÉL. municipales de Villeurbanne : à partir de cette jurisprudence, les avantages en nature accordés par une collectivité publique ne provoquent plus la réintroduction de ces dépenses dans le compte de campagne et son rejet pour un éventuel dépassement mais fondent à eux seuls le rejet de ce compte de campagne.

des collaborateurs soit démissionnent, ce qui est assez lourd et contraignant pour eux, soit prennent des congés... pour travailler sur la campagne. Est peut-être aussi un peu ridicule la manœuvre à laquelle est contraint, par exemple, un ministre, effectuant un déplacement lié à sa fonction couplé avec un déplacement de campagne, de changer en plein trajet de voiture pour passer de celle de fonction à une de location. De même, l'interdiction de promotion publicitaire des réalisations d'une collectivité territoriale a tendance, en pratique, par application du principe de précaution, à bloquer toute opération de communication six mois avant une échéance électorale³⁷.

La sincérité de l'information financière suppose encore que les comptes soient authentifiés par des personnes tierces habilitées. Ceux du *candidat* doivent ainsi être présentés par un membre de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés dont le rôle est de mettre le compte de campagne en état d'examen et de s'assurer de la présence des pièces justificatives requises³⁸.

De même, la comptabilité des *partis politiques* doit être certifiée chaque année par deux commissaires aux comptes³⁹. C'est d'ailleurs essentiellement sur leur intervention que repose en pratique l'authenticité des comptes des partis politiques dans la mesure où la CNCCFP limite en fait son contrôle à un contrôle formel du respect de leurs obligations comptables sauf en cas « d'incohérence manifeste »⁴⁰.

Compte tenu du caractère déclaratif du système de présentation des comptes des partis politiques (notamment pas d'obligation d'incorporation des prestations en nature) et faute d'un pouvoir d'investigation de la CNCCFP suffisant (pas de contrôle sur pièces ni sur place) et d'un contrôle peu poussé effectué par elle, la question de la sincérité de leurs comptes peut donc de ce point de vue se poser⁴¹.

La sincérité de l'information est garantie en outre par le contrôle exercé par des autorités impartiales et indépendantes, notamment du gouvernement. Ces caractères résultent du statut, qui a fait ses preuves en droit français, « d'autorités administratives indépendantes » dont sont dotées la CNCCFP⁴² et la Haute Autorité pour la transparence de la vie

37 Code électoral, art. L. 52-1, al. 2 : « À compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin. »

38 Code électoral, art. L. 52-12, al. 2.

39 Loi n° 90-55, 15 janvier 1990, art. 11-7.

40 CE, n° 327423, 9 juin 2010, *Asso. Cap sur l'Avenir* ; CNCCFP ; v. aussi, *XIV^e Rapport d'activité pour 2011*, 2012, p. 74.

41 En ce sens, v. Rapport sur *Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, *op. cit.*, p. 176 et s.

42 Ordonnance n° 2003-1165, 8 décembre 2003.

publique⁴³. Ces caractères d'indépendance et d'impartialité sont renforcés par le fait que ces autorités sont composées principalement de magistrats inamovibles. Dans le sillage des observations de la Commission dite « Mazeaud »⁴⁴, il a été adjoint aux membres de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique deux personnalités qualifiées **sensées** faire part de leur expérience pratique et nommées par chacun des présidents des Assemblées parlementaires après avis conforme de la commission permanente parlementaire compétente⁴⁵. Pour la CNCCFP, ses membres sont toutefois nommés par simple décret sur proposition des chefs des juridictions concernées (Conseil d'État, Cour de cassation et Cour des comptes)⁴⁶. L'indépendance de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a, en revanche, été renforcée par le fait que les membres ayant la qualité de magistrat sont élus par leurs pairs⁴⁷. La collégialité comme mode de fonctionnement est encore un facteur de nature à favoriser leur indépendance.

La sincérité des informations transmises est garantie, enfin, à la fois par la variété et la sévérité des sanctions, au prix d'ailleurs d'une certaine complexité : ainsi, pour les *campagnes électorales*, les sanctions sont aussi bien financières (non remboursement, total ou désormais partiel, des dépenses de campagne⁴⁸ ; paiement d'une somme égale au dépassement du plafond des dépenses⁴⁹) qu'électorales (prononcé d'une inéligibilité⁵⁰) ou pénales (saisine du Parquet pour certaines irrégularités⁵¹, amendes et même emprisonnement⁵²).



43 La loi n° 88-227 du 11 mars 1988 créant la Commission pour la transparence financière de la vie politique ne qualifie pas expressément celle-ci « d'autorité administrative indépendante ». Cette Commission est toutefois qualifiée comme telle par le Conseil d'État dans son étude consacrée à ces autorités au sein du Rapport public annuel de 2001 (p. 305). La loi du 11 octobre 2013 répare cet oubli en dotant expressément la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique d'un statut « d'autorité administrative indépendante » (art. 19).

44 « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », *Rapport rendu par la Mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne* présidée par Pierre MAZEAUD, Documentation française, 2009, p. 17.

45 La Commission parlementaire compétente est celle chargée des lois constitutionnelles; elle rend un avis conforme à une majorité des 3/5^e des suffrages exprimés (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 19).

46 Code électoral, art. L52-14.

47 Les deux conseillers d'État sont élus par l'assemblée générale du Conseil d'État ; les deux conseillers à la Cour de cassation le sont par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour ; les deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes le sont par la chambre du conseil (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 19).

48 Code électoral, art. L 52-11-1.

49 Code électoral, art. L. 52-15, al. 6.

50 Code électoral, art. L 118-3.

51 Code électoral, art. L. 52-15, al. 4.

52 L'article L. 113-1, I du Code électoral prévoit qu'encourt une amende de 3750 euros et/ou un emprisonnement d'un an, tout candidat ou toute tête de liste qui aura recueilli des fonds en violation

De même, les *partis politiques* qui ne respectent pas leurs obligations de transparence financière s'exposent à des sanctions administratives (retrait de l'agrément de l'association de financement d'un parti⁵³), financières (amputation ou suppression de l'aide publique⁵⁴) et même pénales pour les personnes physiques qui auraient versé ou accepté des dons à ces formations (amende de 45 euros à 2 250 euros et/ou un emprisonnement d'un an⁵⁵ ; exclusion des marchés publics⁵⁶). Si on excepte celles pénales, ces sanctions sont effectives, si on en juge par le nombre non négligeable de retrait d'agrément d'association de financement d'un parti⁵⁷ ; les décisions de retrait ou d'amputation de l'aide publique sont, en revanche, plus rares tout en n'étant pas inexistantes⁵⁸.

Concernant la *transparence patrimoniale*, la loi du 14 avril 2011 a heureusement complété le dispositif en vigueur jusqu'alors en organisant des sanctions (amende et perte de droits civiques⁵⁹), non seulement pour non transmission de la déclaration de patrimoine mais aussi pour fausse déclaration⁶⁰.

C. La maîtrise des ressources disponibles

Il peut *a priori* paraître surprenant de lier recherche de transparence financière et maîtrise des ressources disponibles. Si ce lien existe en fait, c'est dans la mesure où la transparence financière induit une part de moralité. De ce point de vue, un système politique où le parti dominant ou les candidats systématiquement vainqueurs aux élections seraient les plus riches ne serait pas moral. A cet égard, le système français poursuit clairement l'objectif de réduire, d'une manière générale, le poids de l'argent dans la vie politique.

des prescriptions de l'article L. 52-4, aura accepté des fonds en violation des dispositions de l'article L. 52-8 ou L. 308, aura dépassé le plafond des dépenses électorales fixé dans la circonscription, n'aura pas respecté les formalités d'établissement du compte de campagne prévues par les articles L. 52-12 et L. 52-13 ou aura fait état, dans le compte de campagne ou dans ses annexes, d'éléments comptables sciemment minorés.

53 Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 11-6.

54 *Ibid.*, art. 11-6 et 11-7.

55 *Ibid.*, art. 11-5.

56 Loi n° 90-55, 15 janvier 1990, art. 21.

57 Sur l'année 2012, 38 décisions de retrait d'agrément d'association de financement d'un parti ont été prises par la CNCCFP à la date du 1^{er} novembre 2012.

58 Au titre de l'année 2008, 5 formations politiques ne peuvent plus bénéficier de l'aide publique, faute d'avoir déposé leurs comptes (Publication générale des comptes des partis et groupements politiques au titre de l'exercice 2008 : *JO*, 19 décembre 2009, ann. au n° 294).

59 Code électoral, art. L.O. 135-1, al. 5 pour les députés et Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 5-1 pour les membres du gouvernement, les députés européens et les élus locaux.

60 Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 5-1 modifié par Loi n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 24 et Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 26.

À cette fin, l'économie générale, désormais connue, du système en vigueur est que l'État participe pour une part au financement des partis politiques, soit directement par une aide publique annuelle⁶¹, soit indirectement par un avantage fiscal accordé aux personnes physiques cotisantes ou donatrices⁶². Un financement public justifie alors de poser, d'une manière générale, un certain nombre de règles contraignantes destinées à assurer une transparence financière.

Différentes techniques, plus ou moins raffinées, peuvent toutefois permettre en pratique de contourner les règles concernant l'aide allouée par l'État. L'une de celle-ci consiste à ce qu'un parti présente des candidats dans au moins cinquante circonscriptions ou seulement dans un ou plusieurs départements d'outre-mer, dans le seul but de capter la première fraction de l'aide publique calculée en fonction du nombre de voix⁶³. Une autre technique est destinée à percevoir les deux fractions de l'aide publique sans pour autant que les partis en cause satisfassent véritablement aux conditions d'éligibilité à cette aide. Elle vise ainsi à ce qu'un premier parti, qui ne peut bénéficier de l'attribution de la seconde fraction, calculée en fonction du nombre de parlementaires⁶⁴, car celui-ci est non éligible à la première fraction, s'associe avec un second parti éligible à cette dernière car il a présenté des candidats ayant obtenu chacun 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions ou des candidats dans un ou plusieurs départements d'outre-mer. Il reviendra alors à ces deux partis de s'entendre sur le reversement de chacune des deux fractions de l'aide publique versée⁶⁵. Sans être directement contraires à la lettre de la loi, il n'en reste pas moins que ces techniques de contournement ne sont pas pleinement satisfaisantes au regard de l'objectif affiché de transparence financière.

D'une manière plus particulière, le financement public permet aussi de ne plus faire dépendre entièrement le financement des partis politiques de dons privés. Cela explique donc le plafonnement des dons accordés par des personnes physiques⁶⁶ et l'interdiction de dons de personnes morales⁶⁷.

⁶¹ Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 8 à 10.

⁶² Code général des impôts, art. 200, 3^e : il est ouvert une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 % du montant des dons et dans la limite de 20 % du revenu imposable.

⁶³ Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 9, al. 1^{er}.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 9, al. 4.

⁶⁵ CNCCFP, *XIII^e Rapport d'activité pour 2010*, 2011, p. 93 et s.

⁶⁶ Plafonnement à 4600 euros pour un don d'une personne physique à un candidat (Code électoral, art. L. 52-8, al. 1^{er}) et à 7500 euros pour à un parti politique (Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 11-4, al. 1^{er}).

⁶⁷ Code électoral, art. L 52-8, al. 5.

Toutefois, les cotisations sont considérées comme distinctes d'un don⁶⁸ et ne sont pas soumises à un plafond car un parti doit pouvoir fixer librement leur montant, conformément au principe constitutionnel de liberté d'organisation des partis politiques⁶⁹. Pour autant, ce non-plafonnement peut être interprété, de nouveau, comme un contournement de l'esprit de la loi qui voulait limiter les apports des personnes physiques.

Enfin, le même souci de moralisation de la vie politique par rapport à l'argent guide le principe d'une limitation des dépenses électorales⁷⁰. En revanche, les recettes ne sont pas théoriquement limitées dans leur montant total. Cependant, l'obligation de déposer un compte en équilibre⁷¹ conduit à s'interroger sur l'affectation d'un excédent éventuel. La loi impose de le reverser à l'association de financement d'un parti politique ou à un ou plusieurs établissements reconnus d'utilité publique⁷² ou, pour l'élection présidentielle, à la Fondation de France⁷³. Cette hypothèse explique pour une part la création de « micro-partis » dont la seule justification est de pouvoir recueillir de tels excédents. Une réponse pourrait donc être de plafonner également les recettes, par exemple à hauteur de 120 % du montant du plafond des dépenses⁷⁴.

Cette maîtrise des ressources disponibles répond aussi désormais à un souci d'économie budgétaire dans un contexte de réduction des déficits publics. A cet égard, la loi de finances pour 2012 a gelé l'actualisation du plafond des dépenses et a diminué de 5 % le montant maximal du remboursement forfaitaire des dépenses électorales par l'État (le taux de plafond est donc ramené de 50 % à 47,5 %) ⁷⁵. De même, le montant des dons et cotisations versés aux partis politiques susceptibles d'ouvrir droit à une réduction d'impôt est plafonné⁷⁶. Si l'on peut naturellement comprendre que les acteurs politiques doivent participer à l'effort budgétaire, on ne peut

68 3^e Rapport d'activité de la Commission nationale des comptes, 1995, p. 101 et Circulaire du 7 janvier 2008, Titre II, 2.

69 Constitution de 1958, art. 4. : « Les partis et groupements politiques [...] se forment et exercent leur activité librement. »

70 Le montant du plafonnement des dépenses électorales est variable, à l'exception des circonscriptions dont la population est inférieure à 9 000 habitants : pour l'élection présidentielle (Loi n° 62-1292, 6 novembre 1962, art. 3 et 3, II), pour les élections européennes (Loi n° 77-729, 7 juillet 1977, art. 19-1), pour les élections législatives (Code électoral, art. 52-11), pour les élections régionales, cantonales et municipales (tableau figurant sous l'article L. 52-11 du Code électoral).

71 Code électoral, art. L. 52-12, al. 1^{er}.

72 Code électoral, art. L. 52-5 al. 4 et 52-6 al. 8.

73 Loi n° 62-1292, 6 novembre 1962, art. 3, II.

74 V. Axel URGIN, « Les recettes des candidats », in *L'argent des élections, Pouvoirs*, n° 70, 1994, p. 7.

75 Loi de finances pour 2012, n° 2011-1977, 28 décembre 2011, art. 112.

76 La loi de finance rectificative pour 2011 n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 (art. 19) limite à 15 000 euros par foyer fiscal le montant des dons et cotisations susceptibles d'ouvrir droit à une réduction d'impôt, ce qui permet un avantage fiscal maximum de 9 900 euros.

s'empêcher de penser que ces mesures drastiques ne sont pas dénuées de démagogie au sens où ces acteurs dépenseraient pour l'opinion toujours trop. Cette réduction des moyens disponibles entrave de surcroît davantage encore leur liberté d'organisation et de faire campagne.

II. LA DÉTERMINATION DU DEGRÉ PERTINENT DE TRANSPARENCE FINANCIÈRE

Une question centrale est de déterminer le degré pertinent d'exigence des règles découlant de l'objectif de transparence financière. Cet objectif exige, en effet, par nature un certain nombre de contraintes qui altèrent la liberté d'agir des acteurs politiques. Le législateur doit donc rechercher un équilibre entre ces deux impératifs contradictoires et procéder à leur conciliation. La transparence financière doit donc être conciliée avec, d'une part, s'agissant des campagnes électorales, la liberté de faire campagne⁷⁷ (A) et, d'autre part, durant l'exercice des fonctions ou mandats, la responsabilité des acteurs politiques et la nécessaire protection de leur vie privée (B).

A. La conciliation de la transparence financière avec la liberté de faire campagne

Le droit oscille constamment entre les deux pôles que constituent la recherche de transparence financière et la liberté de faire campagne. Ainsi, récemment, aux États-Unis, par un arrêt discuté du 21 janvier 2010⁷⁸, la Cour suprême a souhaité rompre cet équilibre et fait le choix de privilégier clairement la liberté au détriment de la transparence financière : s'appuyant sur le Premier Amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression, la Cour a admis que les entreprises peuvent désormais financer sans limite des campagnes publicitaires, spots et autres actions en faveur des candidats de leur choix. Une contrainte est cependant censée peser sur les « comités d'action politique », collecteurs de fonds (les *Super Political Action Committees* ou *Super PACS*), qui est de ne pas se concerter avec un candidat, ce qui en pratique est largement factice. Les apparences de la transparence financière auraient pu être sauvées dans la mesure où les donateurs doivent

77 V. Xavier BIOY, « La liberté de faire campagne », in Pierre ESPLUGAS et Xavier BIOY (dir.), *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Montchrestien, 2012, p. 69.

78 Cour suprême des États-Unis, 21 janvier 2010, 130 S. Ct. 876 (2010), *Citoyens unis c. Commission fédérale électorale*, *Constitution*, 2010, p. 456, comm. Wanda MASTOR ; *RFDC*, n° 86, 2011, p. 315-340, notamment p. 324-328, chron. Guy SCOFFONI (dir.).

donner leur identité. Toutefois, si la transparence financière a pour objectif d'assurer l'égalité entre candidats, l'effet de cette décision est au contraire d'avantager le candidat disposant le plus de moyens financiers. En outre, l'état actuel du droit américain favorise les risques de corruption dans la mesure où l'on peut penser que le donateur espère un retour de la part de celui qu'il soutient.

En France, la recherche délicate d'un équilibre explique les incessants ajustements dont fait l'objet la législation sur le financement de la vie politique. L'ensemble de ces ajustements s'inscrit dans le temps au sein d'une série de cycles. Le premier cycle est celui initié avec les premières lois de 1988 sur le financement de la vie politique. Le mouvement dessiné a été alors d'accroître à l'occasion de chaque nouvelle réforme législative la rigueur des règles. On peut penser que le législateur a été jusqu'à adopter une conception absolutiste de la transparence financière, par exemple, en interdisant tout don de personnes morales à l'exception de ceux des partis politiques⁷⁹, en limitant à un plafond assez bas les dons des personnes physiques (4600 euros pour un don à un candidat à une élection⁸⁰, et 7500 euros par an pour un don à une formation politique⁸¹), en prévoyant, en cas de rejet du compte de campagne par la CNCCFP, le non remboursement intégral des dépenses sans que celle-ci puisse moduler le remboursement en fonction de la gravité du manquement ou encore en instituant une sanction d'inéligibilité non modulable d'un an prononcée par le juge en cas de rejet du compte de campagne⁸².

Le législateur a d'ailleurs été relayé dans cette rigueur par la jurisprudence qui n'admettait que de manière très restrictive la bonne foi⁸³, pourtant prévue expressément par les textes à l'origine pour les élections autres que parlementaires, ce qui conduisait de fait à prononcer une inéligibilité quasi automatique. Depuis le « paquet électoral » du 14 avril 2011, il semblerait que la courbe soit désormais en train de s'infléchir par une libéralisation des règles

79 Code électoral, art. L 52-8, al. 5.

80 Code électoral, art. L. 52-8, al. 1^{er}.

81 Loi n° 88-227, 11 mars 1988, art. 11-4, al. 1^{er}.

82 Code électoral, ancien art. L 118-3.

83 La jurisprudence n'admettait la bonne foi que dans les cas suivant :

- lorsque les règles relatives au financement des campagnes électorales sont imprécises et peuvent prêter à confusion (CE, ass., 30 octobre 1996, Élections municipales de Fos-sur-Mer) ;
- lorsque des indications erronées ont été fournies par les autorités administratives quant aux obligations pesant sur les candidats (CE, 18 octobre 1996, n° 177313, Élections municipales de Cavillon Vaucluse) ;
- lorsqu'une irrégularité a été commise à l'insu du candidat tête de liste (CE, 8 janvier 1997, n° 178393, Élections municipales d'Istres).

Au total, les membres de la mission présidée par Pierre Mazeaud ont relevé qu'entre 1996 et 2008, sur les 260 décisions rendues par le Conseil d'État, celui-ci n'a retenu la « bonne foi » que dans 14,6 % des cas.

relatives à la transparence financière. Ainsi, par exemple, sont aujourd'hui, exonérés du dépôt du compte de campagne auprès de la CNCCFP le candidat ou la liste qui a obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés et n'a pas bénéficié de dons de personnes physiques⁸⁴. Surtout, concernant les sanctions, la CNCCFP a désormais un pouvoir de modulation du remboursement en réduisant le montant du remboursement forfaitaire en fonction du nombre et de la gravité de ces irrégularités⁸⁵. De même, désormais, seuls une « volonté de fraude » ou un « manquement d'une particulière gravité » aux obligations édictées par ces lois sont sanctionnés par une inéligibilité prononcée par le juge. Même si le terme ne figure pas expressément dans la loi, cela revient donc à établir, de manière, à notre sens, bienvenue, une « présomption de bonne foi » pour les candidats. Enfin, la durée de l'inéligibilité prononcée est modulable en variant entre un plancher non défini par la loi - ce qui *a priori* signifie que l'inéligibilité peut être d'une durée inférieure à un an - et un plafond de 3 ans⁸⁶.

Pour notre part, nous nous permettons de penser que d'autres adaptations du droit du financement des campagnes électorales dans un sens plus libéral seraient encore souhaitables⁸⁷ : par exemple, on peut se demander si la période d'un an couverte par le compte de campagne n'est pas excessivement longue. Si l'on peut éventuellement admettre un tel délai pour une élection majeure comme l'élection présidentielle, qui s'étale effectivement sur plusieurs mois⁸⁸, celui-ci ne se justifie vraiment plus pour les élections autres que présidentielle qui, en pratique, se ramènent à quelques mois, voire quelques semaines. Un raccourcissement de la période de référence à six mois, d'ailleurs proposé par des missions d'informations instituées par l'Assemblée nationale⁸⁹ et le Sénat⁹⁰, paraîtrait ainsi raisonnable.

De même, est désormais connue dans le débat politique la pratique qui consiste pour une grande formation politique à susciter de manière artificielle la création d'autres partis parfois appelés « micro-partis » dans le seul but de

⁸⁴ Loi n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 10, 1°) ; Code électoral, art. L 52-12.

⁸⁵ Code électoral, art. L 52-11-1, modifié par Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011, art. 10.

⁸⁶ Loi organique n° 2011-410, 14 avril 2011 (at. 5), Code électoral, nouvel art. LO 136-1 ; Loi n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 16) ; Code électoral, nouvel art. L 118-3.

⁸⁷ V. Pierre ESPLUGAS, « Adapter les règles », *in Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁸ Même pour l'élection présidentielle, la CNCCFP note, à propos de celle de 2007 que « les candidats n'entrent le plus souvent en campagne que quelques mois avant cette date, dès qu'ils sont officiellement investis par leur parti » (CNCCFP, *Xème Rapport d'activité pour 2007*, 2008, p. 22).

⁸⁹ « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », *Rapport rendu par la Mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne* présidée par Pierre MAZEAUD, La Documentation française, 2009, p. 13.

⁹⁰ *Rapport d'information*, Doc. Sénat, n° 186, 2010-2011, 15 décembre 2010, « Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner », *La Gazette des communes, des départements et des régions*, 11 février 2011, proposition n° 13, p. 187.

se faire reverser l'aide publique allouée à ceux-ci. Cette stratégie permet, ainsi que l'a dénoncé la CNCCFP dans son rapport pour 2010, de contourner la législation sur la transparence financière des partis politiques⁹¹. En ce sens, on peut naturellement comprendre la solution désormais retenue qui est de plafonner à 7 500 € le montant total des dons qu'une même personne peut accorder à plusieurs partis politiques et non plus à un seul⁹². Pour notre part, nous pensons qu'une telle restriction aurait pu avoir pour contrepartie le relèvement du plafond.

D'autres adaptations plus franches sont sans doute imaginables (raccourcissement des délais d'interdiction du recours aux procédés de publicité commerciale ou de la promotion de réalisations d'une collectivité territoriale⁹³, concours, encadré, des personnes morales, prise en compte, sous conditions, de la participation des collaborateurs de cabinet aux campagnes électorales). Convenons, cependant, que la situation ne paraît aujourd'hui pas mûre pour aller plus loin dans la libéralisation des règles sur le financement des campagnes électorales. L'exigence de transparence, voire de moralité, voulue par nos contemporains et aussi, disons-le, le sentiment éprouvé par eux de méfiance vis-vis des acteurs politiques impliquent le maintien de règles assez strictes.

B. La conciliation de la transparence financière avec la responsabilité des acteurs politiques et la protection de leur vie privée

Les règles sur la transparence financière sont notamment justifiées, nous l'avons dit, par la volonté de rétablir une relation de confiance entamée à la suite d'affaires de corruption entre les citoyens et leurs responsables politiques. Les dispositifs destinés à garantir la probité des acteurs politiques doivent être, à ce titre, d'une grande rigueur. Cependant, la quête de transparence ne doit pas, dans le même temps, être absolue et se transformer pour ces acteurs en inquisition ou procès d'intention permanent. Le degré

⁹¹ CNCCFP, *XIII^{ème} Rapport d'activité pour 2010*, 2011, p. 100.

⁹² Loi n° 2013-907, 11 octobre 2013, art. 15.

⁹³ Les délais d'interdiction du recours aux procédés de publicité commerciale et de promotion de réalisation d'une collectivité territoriale sont actuellement de 6 mois (Code électoral, art. L 52-1, al. 1 et 2). On pourrait imaginer de les ramener à trois mois comme c'était d'ailleurs le cas avant la loi du 14 avril 2011 pour les procédés de publicité commerciale. En effet, pour ce dernier type de procédé, l'interdiction a souvent pour effet en pratique d'avantager le candidat-sortant qui dispose déjà d'une notoriété du fait de l'exercice de son mandat.

pertinent de transparence financière doit effectivement prendre en compte un facteur politique, qui est le sens de la responsabilité des acteurs politiques, et un facteur juridique, qui est la protection de leur vie privée. Ce principe directeur est d'ailleurs rappelé par le Conseil constitutionnel pour qui les « *atteintes à la vie privée doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* »⁹⁴.

Cet équilibre existe, tout d'abord, s'agissant du dispositif destiné à assurer la *transparence patrimoniale*. Le législateur a en effet mis en place un système original destiné à vérifier l'évolution de la situation patrimoniale de candidats, d'élus ou titulaires de fonctions. Il consiste à ce que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique compare les déclarations de patrimoine déposées par les personnes assujetties⁹⁵ en début et fin de mandat ou de fonction, et, apprécie ainsi la variation de leur situation patrimoniale⁹⁶. Pour les évolutions de patrimoine pour lesquelles elle ne dispose pas d'explications, la Haute Autorité peut être amenée à saisir ensuite le Parquet⁹⁷.

Ce dispositif est souple, car simplement déclaratif, et respecte donc la responsabilité des acteurs politiques assujettis. Même si l'ancienne Commission pour la transparence financière de la vie politique avait noté qu'elle devait faire face à des retards fréquents dans le dépôt des déclarations⁹⁸, et, était amenée à poser des questions complémentaires aux assujettis dans une proportion non négligeable de cas⁹⁹, le système fonctionnait, dans son principe, correctement.

En revanche, on pouvait s'interroger sur son efficacité pratique compte tenu du faible nombre de saisines du Parquet auxquelles avait procédé cette Commission (seulement 12 depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1988, à la date du dernier rapport de la Commission au 25 janvier 2012). En revanche, sans qu'il soit possible en l'état des informations disponibles de tirer des conclusions hâtives, on pouvait être circonspect sur le fait que le Parquet ait classé 100 % des saisines de la Commission à la suite de sa

⁹⁴ Cons. const., n° 2013- 675 DC, cons. 26 et n° 2013-676 DC, 9 octobre 2013, cons. 13.

⁹⁵ V. *supra*.

⁹⁶ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 7, al. 1.

⁹⁷ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 6, al. 2.

⁹⁸ Par exemple, la Commission note dans son 15^e Rapport, publié au *JO* du 25 janvier 2012, que, 13 % de sénateurs, 25 % des élus régionaux, 9 % des élus départementaux n'avaient pas transmis leur déclaration de patrimoine à la date exigée et 6 présidents de conseil régional sur 27 et 9 présidents de conseil général sur 101.

⁹⁹ Par exemple, sur dix ministres appartenant au Gouvernement dirigé par François Fillon, ayant quitté leurs fonctions ministérielles à la date du dernier rapport rendu par la Commission au 25 janvier 2012, celle-ci a dû demander des explications complémentaires à trois d'entre eux. Pour la période 2010-2011, la Commission note qu'elle a dû demander des explications complémentaires dans 16 % des dossiers examinés.

constatation d'un enrichissement inexpliqué même si, en tant que tel, celui-ci ne constitue pas nécessairement une infraction pénale.

Ainsi, afin de renforcer la portée pratique du dispositif, la saisine de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a été plus largement ouverte¹⁰⁰.

En outre, ce dispositif a été amélioré sensiblement par différents aménagements techniques, notamment suggérés par l'ancienne Commission pour la transparence financière de la vie politique dans ses rapports successifs¹⁰¹ (accès direct par la Haute Autorité auprès de l'administration fiscale des déclarations effectuées au titre de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune, renforcement des moyens matériels de contrôle et d'investigation, examen, dans des cas litigieux, de la situation patrimoniale du conjoint séparé de biens, du partenaire ou du concubin, des enfants mineurs et des proches¹⁰², pouvoir d'injonction¹⁰³).

De même, un équilibre entre transparence et responsabilité des acteurs politiques a été trouvé s'agissant des dispositifs destinés à éviter les **conflits d'intérêts**. En effet, ainsi que l'ont montré aussi bien en 2011 la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique dite « Commission Sauvé »¹⁰⁴ ou en 2012 la « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique » dite « Commission Jospin »¹⁰⁵, le dispositif jusqu'alors en vigueur était avant tout répressif et reposait essentiellement sur le délit de prise illégale d'intérêt¹⁰⁶.

Italiques comme dans la première version ?



100 La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique peut se saisir d'office ou être saisie par le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat ainsi que par les associations de lutte contre la corruption (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 20).

101 Les remarques de la Commission pour la transparence financière de la vie politique en vue d'améliorer le dispositif actuel sont contenues en particulier dans son 15^e rapport (JO, 25 janvier 2012).

102 Pour les députés, Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013, art. 1 III, modifiant Code électoral art. LO. 135-1 ; pour les membres du gouvernement, les députés européens et les élus locaux, Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 6.

103 S'agissant de **parlementaire**, le Conseil constitutionnel a toutefois subordonné, par le biais d'une réserve d'interprétation, le pouvoir d'injonction attribué à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique à la saisine du bureau de l'assemblée intéressée du fait de la séparation des pouvoirs (Cons. const., n° 2013-675 DC, 9 octobre 2013).

104 *Rapport de la « Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique »* présidée par Jean-Marc SAUVÉ, La documentation française, 2011. Les travaux de la Commission Sauvé ont trouvé leur traduction juridique dans un projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique adopté en Conseil des ministres le 27 juillet 2011 et déposé en 1^{re} lecture au Sénat le 4 mai 2012 (texte n° 517, 2011-2012). La discussion de ce texte a été abandonnée à la suite de l'alternance provoquée par l'élection présidentielle de 2012.

105 *Pour un renouveau démocratique*, Rapport de la « Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique » remis au Président de la République le 9 novembre 2012, p. 81 et s.

106 Code pénal, art. 432-12 : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une*



Pluriel ?

Pour ces commissions, il était donc opportun, outre de définir le conflit d'intérêt¹⁰⁷, de compléter ce volet répressif par un volet préventif de manière à éviter, en amont, qu'un acteur politique se trouve en situation de conflits d'intérêt¹⁰⁸. Cette approche préventive est de nature tout aussi bien à favoriser la confiance des citoyens envers les acteurs politiques, notamment les membres du gouvernement et leurs collaborateurs de cabinet et les élus, que d'assurer leur sécurité juridique.

Dans cette perspective, a été concrètement instaurée une « *obligation légale d'abstention* » chaque fois qu'un acteur politique risque de se trouver en situation de conflit d'intérêt¹⁰⁹ ; il a été également institué, notamment, un dispositif de « *déclaration d'intérêt* » remplie à l'occasion de la prise de fonction des acteurs politiques assujettis¹¹⁰ et dont la publicité est limitée dans le souci de respecter la vie privée en étant seulement remise à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et, le cas échéant, à l'autorité responsable du déclarant¹¹¹.

En conclusion, la France a aujourd'hui largement rattrapé son retard en matière de transparence financière. Cette dernière repose sur une architecture institutionnelle performante ainsi qu'a d'ailleurs pu en juger le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe¹¹². De surcroît, la transparence financière est d'autant moins une *chimère* qu'*a priori* il n'existe pas de divergence grave entre le système juridique et la pratique politique, notamment en raison du fait que sa nécessité fait aujourd'hui

opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

107 Pour la Commission « Sauvé », un conflit d'intérêt peut être compris comme une « *situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* » (Rapport « Commission Sauvé », *op. cit.* p. 12 et s., spéc. p. 18).

108 *Ibid.*, p. 70 et s. ; Rapport « Commission Jospin », *op. cit.*, p. 81.

109 Rapport « Commission Sauvé », *op. cit.* p. 71.

110 Les acteurs politiques assujettis à une déclaration d'intérêts sont les membres du Gouvernement (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 4), les députés au Parlement national et européen (Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013, art. 1 ; Code électoral, art. L.O. 135-1 et les principaux élus locaux (notamment les présidents de conseil régional, de conseil général, les maires d'une commune de plus de 20 000 habitants, les conseillers régionaux, généraux, et adjoints aux maires d'une commune de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature de la part du responsable de l'exécutif local concerné – Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, art. 11).

111 Rapport « Commission Sauvé », *op. cit.*, p. 73 ; Rapport « Commission Jospin », *op. cit.*, p. 88.

112 Rapport d'évaluation de la France, *Transparence du financement des partis politiques* adopté par le GRECO lors de sa 41^e session plénière, 16-19 février 2009, p. 36.

Le texte de la note 110 a été écrit *supra*. Faire un simple renvoi à la note précitée ????

l'objet d'un consensus. Elle est cependant un *mythe* qui en l'occurrence serait celui de Sisyphé dans le sens où le système en vigueur peut toujours être renouvelé et amélioré.

Toutefois, il convient, à notre sens, dans le même temps, de se garder de toute conception absolutiste. La recherche de transparence financière est affaire, pour reprendre le doyen Vedel, plus « *d'esprit de finesse que de géométrie* » ; nous ajouterions, pour notre part, de « *sagesse* ». Un équilibre doit être sans cesse recherché entre la réalisation de cet objectif et la conciliation avec la liberté et la responsabilité des acteurs politiques ainsi que la protection de leur vie privée. À rebours d'une opinion dominante, nous n'osons à peine avancer que certains aspects de la transparence financière en matière de campagne électorale mériteraient d'être assouplis. Pour d'autres, comme la prévention du conflit d'intérêt et, à un degré moindre, la transparence patrimoniale, le système gagnerait à être renforcé. Quoiqu'il en soit, la transparence financière serait mieux réalisée si son droit était rendu plus intelligible¹¹³ : par exemple, il n'est pas normal que certains aspects des lois du 11 mars 1988 ne soient pas codifiés ou, par ailleurs, qu'une notion aussi centrale que celle de « *dépense électorale* » soit définie par les textes que de manière tautologique¹¹⁴ et précisée, avec de nombreux aléas¹¹⁵, que par la jurisprudence¹¹⁶.

De la même manière qu'« *il faut, avec Camus, imaginer Sisyphé heureux* », il convient en définitive d'imaginer, dans une démocratie séculaire, un législateur heureux dans sa quête perpétuelle de transparence financière pour les acteurs politiques.

113 V. Pierre ESPLUGAS, « Adapter les règles », art. cit., p. 11.

114 L'art. L 52-4 du Code électoral définit les dépenses électorales comme des « *dépenses engagées en vue de l'élection* ».

115 Par exemple, des incertitudes persistent sur la qualification de « *dépenses électorales* » concernant des dépenses effectuées en vue d'organiser une élection primaire destinée à désigner un candidat d'un parti politique pour une élection ou, par ailleurs, concernant la publication d'ouvrages.

116 La jurisprudence administrative comprend les dépenses électorales comme des dépenses « *remboursables* » et dont « *la finalité est l'obtention des suffrages des électeurs* » (CE, 27 juin 2005, Gourlot, n° 272551, comm. Bernard MALIGNER, *AJDA*, 2005, p. 2071).

Transparence et pouvoirs du juge d'instruction dans les affaires politico-financières

Nathalie DROIN

O pposé aux notions d'opacité et de corruption, associé au lien de confiance entre les citoyens et leurs représentants, lié à la question de la responsabilité politique, le terme de transparence appliqué aux gouvernants correspond, entre autres, à une exigence de moralité. Celle-ci trouve sa traduction, notamment, dans les dispositions législatives assurant depuis 1988 la transparence financière des élus. Elle est, également, associée à la question du financement des partis politiques. De ce point de vue, la transparence recherchée a donc pour objectif d'empêcher la corruption des hommes politiques et les autres malversations financières dont ils peuvent se rendre coupables. Elle pose la question des moyens de la justice pour lutter contre ce type de comportements. On peut, en effet, légitimement se demander si la justice française a la capacité et les instruments suffisants pour lever le voile, sanctionner et prévenir d'éventuelles récidives.

En la matière, le rôle du juge d'instruction paraît primordial. Longtemps qualifié de « *personnage le plus puissant de France* »¹, il fait depuis le milieu des années 1980² l'objet d'un intérêt non négligeable. Cet intérêt coïncide avec

¹ Formule communément attribuée à Honoré de Balzac, *Splendeurs et misères des courtisanes*, cité in Jean PRADEL, *Le juge d'instruction*, Dalloz, connaissance du droit, 1996, p. 1.

² V. notamment loi n° 85-1407 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, *JO*, 31 décembre 1985, p. 15505 ; loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale, *JO*, 31 décembre 1987, p. 15547 ;

l'ouverture d'instructions sur des affaires mettant en cause le monde financier et politique. Ces affaires ont conduit à l'exposition des juges d'instruction chargés de ces dossiers très médiatiques. Ainsi en a-t-il été d'Eva Joly, magistrat instructeur dans l'affaire *Elf*, de Renaud Van Ruymbeke, magistrat instructeur de l'affaire *Urba* relative au financement du Parti socialiste³, et d'Éric Halphen, qui a notamment instruit le dossier relatif aux HLM de la ville de Paris⁴. Le juge d'instruction est alors apparu comme le principal révélateur des dossiers de corruption ou de malversations financières entre le monde politique et le monde financier. De ce fait, il a commencé à attirer l'attention des médias, de l'opinion publique mais aussi et surtout des politiques qui ont découvert à leur dépens l'étendue de ses pouvoirs.

De par ses missions, le juge d'instruction dispose d'une double fonction d'enquêteur et de juge. Celle-ci est à l'origine d'une des principales critiques formulées à son encontre. Il est en effet très souvent fait état de « *l'incompatibilité qui existerait entre la fonction d'enquêteur et de juge, l'instruction à charge et à décharge étant considérée comme une position humainement intenable sous peine de schizophrénie, l'enquêteur ne pouvant se transformer en juge impartial* »⁵. Toutefois, il faut bien reconnaître que l'existence du juge d'instruction a permis de limiter l'immixtion des hommes politiques dans les affaires politico-financières. Son indépendance dans la direction des investigations est apparue capitale au vu de la prolifération des affaires touchant le milieu politique qui, sans l'intervention de ce magistrat, n'auraient, sans doute, jamais pu aboutir. À cet égard, on peut bien évidemment citer les affaires dont on a fait état précédemment.

Suite à certains dysfonctionnements, des réformes le concernant ont été adoptées. La dernière en date est celle qui a suivi l'affaire *Outreau* ayant défrayé la chronique judiciaire au début des années 2000. Il s'agit de la loi du 5 mars 2007 qui a créé des pôles d'instruction et prévu également la collégialité de l'instruction. Cette réforme a néanmoins vu son application retardée en raison du souhait formulé par l'ancien Président de la République Nicolas Sarkozy, dès janvier 2009, de supprimer le juge d'instruction. Ce dernier a en effet voulu confier la direction de l'enquête au ministère public, comme cela

loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social, *JO*, 14 janvier 1989, p. 542 ; loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JO*, 4 janvier 1993, p. 215 ; et loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JO*, 6 mars 2007, p. 4206.

- 3 Cette affaire a conduit à la condamnation de plusieurs députés et cadres du parti.
- 4 Ce dossier a révélé les fausses facturations de plusieurs entreprises servant à favoriser l'obtention de marchés publics. Dans cette affaire, l'ancien maire de Paris et ancien Président de la République, Jacques Chirac, a été entendu comme témoin.
- 5 Catherine GIUDICELLI, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ Pén.*, 2009, p. 68.

est déjà le cas dans de nombreux pays d'Europe⁶. Le projet de loi rédigé par le Gouvernement de l'époque a été largement critiqué tant par la doctrine que par les praticiens, qui ont notamment mis en avant le manque d'indépendance du procureur de la République, et, de fait, le placement de « *la totalité des affaires instruites sous le contrôle de l'exécutif via un parquet hiérarchisé* »⁷. Selon eux, si l'on veut supprimer le juge d'instruction, il faut alors envisager une réforme du parquet afin d'assurer son indépendance vis-à-vis de l'exécutif ; sinon, il est à craindre, compte tenu du pouvoir de direction du parquet, qu'une enquête mettant en cause le pouvoir en place ne soit jamais initiée.

Ces rapides développements permettent de saisir le rôle joué par le juge d'instruction en matière de transparence des gouvernants. Depuis le milieu des années 1980, il est clairement devenu l'incarnation de la lutte contre les affaires politico-financières. Ayant pour mission la recherche de la vérité avant tout jugement au fond - dans les affaires criminelles et délictuelles les plus complexes -, il a permis de mettre en lumière les comportements malhonnêtes et illégaux de certains hommes politiques au pouvoir, et ainsi d'assurer la transparence des gouvernants. Aussi, lorsque sa suppression a été envisagée, elle est apparue, ainsi que le souligne Denis Salas, « *comme une manœuvre politique destinée à se débarrasser d'un adversaire encombrant* »⁸. Le juge d'instruction semble, en effet, être un puissant instrument au service de la transparence de la vie politique française, de par son indépendance mais aussi de par l'étendue des pouvoirs qui lui sont confiés (I). Toutefois, il ne peut l'assurer parfaitement. Son action est en effet doublement paralysée par l'exécutif : de manière indirecte par l'action du ministère public et des officiers de police judiciaire, tous placés sous la tutelle d'un ministère, et de manière directe par les gouvernants eux-mêmes, ministres et chef de l'État (II).

I. UN JUGE PUISSANT AU SERVICE DE LA TRANSPARENCE DES GOUVERNANTS

Les affaires politico-financières qui ont monopolisé l'attention des médias depuis le milieu des années 1980 ont mis en évidence le rôle primordial joué par le juge d'instruction dans leur révélation publique et surtout dans

⁶ Voir notamment : Cristina MAURO, « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJ Pén.*, 2010, p. 433 et s.

⁷ Denis SALAS, « La suppression du juge d'instruction : renforcement ou affaiblissement des libertés », *Cahiers français*, n° 354, 2009, p. 42.

⁸ *Ibid.*, p. 45.

l'établissement de la vérité. La transparence ainsi réalisée sur le comportement, quasi mafieux, de certains hommes politiques a été rendue possible d'une part, par l'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis de l'exécutif (A), indépendance qui lui permet de ne pas subir de pressions, du moins hiérarchiques, l'empêchant d'instruire ces affaires ; et d'autre part, par les pouvoirs importants qui lui sont confiés et qui lui offrent la possibilité de mener les investigations les plus poussées (B).

A. De par son indépendance vis-à-vis de l'exécutif

En matière de transparence, l'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis des gouvernants, et notamment de l'exécutif, est un élément déterminant dans la mesure où elle permet l'indépendance des enquêtes. Cette indépendance n'a pas toujours été caractéristique du juge d'instruction, en raison du fait qu'il était à l'origine un officier de police judiciaire, dépendant vis-à-vis du parquet, mais aussi et surtout de l'exécutif. Ce n'est plus le cas depuis 1958 et l'adoption du nouveau Code de procédure pénale qui a supprimé le lien de subordination entre le juge d'instruction et le parquet, et lui a donc permis de devenir un véritable magistrat du siège, inamovible et indépendant, et ce, même vis-à-vis de l'exécutif. Si le juge d'instruction est, en effet, nommé par décret du Président de la République, il ne l'est qu'après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et non après avis simple comme c'est le cas pour les magistrats du parquet.

Son statut de magistrat du siège l'a placé dans l'autorité judiciaire et lui a offert la possibilité d'enquêter, plus aisément, dans les affaires politico-financières dont il est saisi, soit par un réquisitoire à fin d'informer émanant du procureur de la République, soit par une plainte avec constitution de partie civile. Dans les affaires dont il est ici question, le juge est généralement saisi par le biais d'une plainte des victimes ou des ayants droit, qui vient contrecarrer l'inertie bien souvent volontaire du ministère public, voire les blocages que ce dernier tente d'introduire dans la procédure. Les deux principales affaires sur le devant de la scène médiatique durant l'année 2012⁹, l'affaire *Karachi* et l'affaire *Woerth-Bettencourt*, sont éclairantes à ce sujet. Elles témoignent toutes deux des difficultés inhérentes à la saisine du juge d'instruction, et rendent finalement compte des craintes du ministère public à le voir saisi.

⁹ Au moment de la tenue du colloque au cours duquel cette contribution a été prononcée, l'affaire *Cabuzac* n'avait pas pris les proportions qu'on lui connaît depuis le mois de février 2013. Les exemples pris dans cette contribution font donc uniquement référence aux affaires *Karachi* et *Woerth-Bettencourt* qui, seules, préoccupaient les médias.

Précisément, s'agissant de l'affaire *Karachi*, suite à la saisie dans les locaux de la Direction des constructions navales (DCN) de rapports internes dénommés rapport Nautilus, qui sont les premiers à évoquer un lien possible entre l'attentat de Karachi en 2002 et la suspension du versement des commissions aux intermédiaires pakistanais¹⁰, les victimes et ayants droit se sont constitués parties des chefs d'entrave à la justice, de corruption, d'abus de bien sociaux, de faux témoignage, d'extorsion en bande organisée et de recel aggravé. Alors que les juges d'instruction ont reçu les constitutions estimant qu'il peut exister « *un lien direct entre l'attentat et les commissions* », le parquet a interjeté appel de ces ordonnances devant la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris qui lui a donné raison en les déclarant irrecevables. Toutefois, la Cour de cassation a, par un arrêt du 4 avril 2012, cassé sans renvoi cette décision et ordonné le retour du dossier aux juges d'instruction. Elle fonde sa solution sur l'attendu de principe suivant : « *pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale* »¹¹. De la sorte, elle consacre le droit pour les parties civiles constituées du chef d'atteinte à la vie d'une personne de mettre en mouvement l'action publique « *pour l'ensemble des faits dont il est possible d'admettre qu'ils se rattachent à ce crime par [ce qu'elle nomme] un lien d'indivisibilité* ».

L'intérêt de cet arrêt pour notre propos réside dans le fait qu'il vient limiter le refus d'informer du parquet et, surtout, contrecarrer les entremises de celui-ci pour empêcher la saisine du juge d'instruction par les parties civiles. En allant dans le sens des juges d'instruction, qui avaient admis les constitutions de partie civile, la Cour de cassation renforce leurs pouvoirs mais aussi ceux des victimes et ayants droit, les plaçant, sur ce terrain, à égalité avec le ministère public. Ce faisant, elle assure le retour du dossier aux juges d'instruction et l'ouverture d'une information sur des questions qui vont leur permettre de faire la transparence sur l'affaire concernée.

Cet exemple démontre bien que l'indépendance du juge d'instruction vis-à-vis du pouvoir garantit l'ouverture d'informations que le parquet tente par tous les moyens de bloquer¹². Toutefois, en dépit du fait qu'elle lui permet de

10 Jacques Chirac avait en effet décidé, dès son élection, de stopper le versement des commissions, alors légales, pour poser problème à ses ennemis, notamment Édouard Balladur, ce dernier étant soupçonné de récupérer une partie de l'argent reçu par les intermédiaires pakistanais (ce qu'on appelle les rétro-commissions), via des sociétés écrans.

11 Cass. crim., 4 avril 2012, *Bull. crim.*, 2012, n° 86.

12 Pour un exemple plus récent, on peut également se référer à la plainte déposée en juin 2012 par les familles des victimes de l'attentat de Karachi contre l'ancien Président de la République, Nicolas Sarkozy, en raison d'un communiqué de l'Élysée diffusé le 22 septembre 2011, qui semble témoigner d'une violation du secret de l'instruction. Les juges d'instructions viennent de décider d'ouvrir une

conduire avec liberté et impartialité ses investigations, l'indépendance du juge ne suffit pas à elle seule à assurer la transparence des gouvernants. Il faut en prime qu'il dispose de pouvoirs importants, ce qui est manifestement le cas.

B. De par l'étendue de ses pouvoirs

Le juge d'instruction a pour fonction de déterminer la matérialité des faits et de les qualifier pénalement, avant de renvoyer ou non devant la juridiction de jugement. Pour ce faire, il dispose de pouvoirs d'enquête et de pouvoirs juridictionnels. Ce sont, pour ce qui concerne notre propos, d'abord les premiers qui vont retenir notre attention.

Tout d'abord, dès lors qu'il est régulièrement saisi, le juge commence par informer la personne visée par le réquisitoire du ministère public ou par la plainte avec constitution de partie civile de sa mise en examen, ce qui entraîne son interrogatoire. Ces mises en examen et les interrogatoires qui en découlent ont une importance cruciale dans l'avancement des dossiers, comme en témoignent celles décidées par les juges Van Ruymbeke et Le Loire dans le volet financier de l'affaire Karachi.

L'affaire a en effet connu un véritable rebondissement, en septembre 2011, lorsque les juges d'instruction ont décidé de lancer une série de mises en examen sur la base de nouveaux témoignages, dont celui d'Hélène de Yougoslavie, ex-femme de Thierry Gaubert, d'après lequel ce dernier aurait accompagné Ziad Takieddine en Suisse pour récupérer des malles d'argent, transmises ensuite à Nicolas Bazire, à l'époque directeur de la campagne d'Édouard Balladur à l'élection présidentielle. Sur la base de ce témoignage, les juges ont inculpé Ziad Takieddine, l'intermédiaire ; Thierry Gaubert, ancien collaborateur de Nicolas Sarkozy lorsque celui-ci était ministre du Budget du gouvernement Balladur, et enfin, Nicolas Bazire. Lors de son interrogatoire, le premier a réitéré ses accusations à l'encontre des chiraquiens, entraînant les auditions d'un certain nombre de personnes en qualité de témoin, comme ce fut le cas de Dominique de Villepin. Ces interrogatoires et auditions ont permis d'éclaircir certains points obscurs de l'affaire, de confronter les témoignages des différents inculpés et témoins, et de mettre à jour des contradictions. Ainsi, Ziad Takieddine reconnaît désormais avoir joué un rôle dans la conclusion du contrat Agosta concernant la vente de trois sous-marins au Pakistan. S'il a longtemps nié toute participation au financement occulte de la campagne présidentielle de M. Balladur, il vient de révéler aux deux magistrats instructeurs, lors d'un interrogatoire réalisé le 20 juin 2013, qu'il a en

enquête afin de déterminer si Nicolas Sarkozy s'est rendu complice d'un tel délit, et ce, contre les réquisitions du parquet, qui a estimé que l'ancien Président de la République dispose, ici, de l'immunité attachée aux actes accomplis en qualité de Président.

réalité œuvré à ce financement *via* des rétro-commissions issues des contrats d'armement passés avec l'Arabie Saoudite et le Pakistan¹³. Il a, au passage, mis en cause très précisément Thierry Gaubert et Nicolas Bazire, auxquels il sera prochainement confronté¹⁴, ainsi que François Léotard.

Également, c'est l'audition d'un témoin qui semble remettre en cause l'implication de Nicolas Sarkozy, soupçonné par les juges d'avoir autorisé la création de la société Heine, société écran luxembourgeoise, dont le rôle était de faire transiter les commissions sur les ventes de sous-marins et de frégates. D'après le témoignage recueilli, Nicolas Sarkozy serait étranger à la fois à la conclusion du contrat litigieux, auquel il était même opposé, comme l'attestent certaines notes ministérielles¹⁵, et à la création de la société Heine, le ministère du Budget n'étant pas compétent pour approuver une telle initiative.

Enfin, ce sont également les nombreuses auditions menées par le juge qui ont permis de mettre en lumière le rôle clé joué par Édouard Balladur et François Léotard, alors ministre de la Défense, dans la mise au point du réseau de financement occulte.

Au-delà des auditions et interrogatoires qu'il mène, le juge d'instruction dispose d'autres pouvoirs d'enquête permettant de découvrir la vérité. Ainsi, il peut ordonner des écoutes téléphoniques¹⁶, effectuer des perquisitions notamment dans les locaux professionnels ou encore, opérer des visites domiciliaires et saisies¹⁷, comme celle de la correspondance adressée à la personne mise en examen ou expédiée par elle. À titre d'exemple, toujours dans l'affaire Karachi, les interceptions téléphoniques, ordonnées par les juges d'instruction, ont permis aux enquêteurs de la Division nationale d'investigations financières de disposer d'éléments compromettants à l'encontre de Brice Hortefeux, ancien ministre de l'Intérieur¹⁸, de nature à le mettre en cause pour violation du secret de l'instruction. Dans une conversation enregistrée en septembre 2011, Brice Hortefeux a informé Thierry Gaubert du témoignage de son ex-femme. Manifestement, il a eu accès aux déclara-

13 Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, « Takieddine reconnaît avoir financé la campagne d'Édouard Balladur », *Le Monde*, 26 juin 2013.

14 « Karachi : La confrontation Gaubert/Takieddine reportée au 8 juillet », *Le Monde*, 30 juin 2013, (AFP).

15 Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, « Affaire de Karachi : l'implication de M. Sarkozy démentie par un témoin », *Le Monde*, 1^{er} septembre 2012.

16 Elles sont néanmoins réglementées. Leur régime est issu de la loi du 10 juillet 1991, codifiée aux articles 100 et s. du Code de procédure pénale (CPP).

17 Articles 92 à 99-4 du CPP.

18 Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, « Brice Hortefeux mis en cause par des écoutes judiciaires », *Le Monde*, 23 septembre 2011.

tions sur procès-verbal de cette dernière alors même qu'elles n'avaient pas encore été cotées aux dossiers des juges d'instruction. Ces écoutes judiciaires semblent donc suggérer d'une part, que l'ancien ministre de l'Intérieur et proche de Nicolas Sarkozy a eu accès à des documents couverts par le secret de l'instruction, et, d'autre part, qu'il craint le témoignage d'Hélène de Yougoslavie, ce qui laisse penser que Gaubert et lui-même ont quelque chose à se reprocher...

L'ensemble de ces développements aura permis de démontrer le rôle essentiel joué par le juge d'instruction quant à la transparence des gouvernants lorsqu'ils sont mis en cause dans des affaires politico-financières. Toutefois, cette transparence reste imparfaite, le juge d'instruction n'étant pas tout puissant, contrairement à ce qui est bien souvent affirmé. Il doit faire face à un certain nombre d'obstacles à l'établissement de la vérité et donc de la transparence. Ces obstacles sont généralement le fait de l'exécutif, soit directement, soit indirectement.

II. UNE TRANSPARENCE IMPARFAITE DU FAIT D'UNE PUISSANCE RELATIVE

Si le juge d'instruction tente d'assurer par tout moyen la transparence des gouvernants, celle-ci est parfois affectée par l'action du ministère public, voire des officiers de police judiciaire, placés sous la tutelle d'un ministère (A), lorsqu'elle n'est pas paralysée directement par les gouvernants eux-mêmes (B).

A. Une transparence affectée par l'intervention du Parquet et des officiers de police judiciaire

D'une façon générale, on constate que la dépendance du juge d'instruction envers le procureur, et du procureur envers l'exécutif peut venir freiner la recherche de la vérité, et de fait, celle de la transparence. En effet, malgré son indépendance, ainsi que le souligne le juge d'instruction Vincent Sizaire, « *le magistrat instructeur continue formellement de travailler pour le procureur de la République, [...] qui se trouve [...] destinataire de la procédure à l'issue de l'ordonnance de règlement, demeurant seul maître de la transmission effective du dossier à la juridiction de jugement* »¹⁹. Or, les magistrats du parquet sont très dépendants de l'exécutif, en témoigne notamment leur nomination et

¹⁹ Vincent SIZAIRE, « L'autre réforme de l'instruction », *RSC*, 2010, p. 828.

la proximité personnelle qu'ils affichent parfois avec les hommes politiques au pouvoir.

La meilleure illustration de cette proximité nous est offerte par l'affaire *Woerth-Bettencourt*, dont l'enquête préliminaire a été conduite par le procureur de Nanterre, Philippe Courroye. Si ce dernier, alors qu'il était juge d'instruction, s'est fait connaître grâce aux traitements d'affaires touchant le RPR et certains de ses membres²⁰, qui ont manifesté son indépendance vis-à-vis du pouvoir, il faut bien avouer que cette dernière est sérieusement entachée depuis qu'il a été nommé par décret du Président de la République aux fonctions de procureur de la République près du TGI de Nanterre²¹. D'une part, il convient de préciser que sa nomination par l'ancien Président Jacques Chirac est intervenue alors que le Conseil supérieur de la magistrature avait émis un avis défavorable. D'autre part, il a été fait officier de l'Ordre national du mérite par Nicolas Sarkozy le 24 avril 2009, et, à cette occasion, a été présenté comme un ami du Président²². Cette amitié est d'autant plus suspecte que sa gestion de l'affaire *Woerth-Bettencourt*, dans laquelle Nicolas Sarkozy a été mis en cause²³, semble discutable. Il lui est notamment reproché d'avoir tardé à ouvrir une information judiciaire, alors même que l'ancien Président était mentionné à plusieurs reprises dans les

20 Notamment Michel Noir, dans le cadre de l'affaire *Philippe Botton*, et Charles Pasqua, dans le cadre de l'affaire du trafic d'arme vers l'Angola, dénommée *l'Angolagate*.

21 Décret du 19 mars 2007 portant nomination (magistrature), *JO*, 20 mars 2007, p. 58.

22 François KOCH, Jean-Marie PONTAUT, Pascal CEAUX et Philippe BROUSSARD, « Philippe Courroye, l'ami du Président », *L'Express*, 12 novembre 2009 : http://www.lexpress.fr/actualite/politique/philippe-courroye-l-ami-du-president_905492.html

23 Il a en effet été mis en examen dans le cadre de l'information judiciaire suivie à raison de faits d'abus de faiblesse, d'abus de confiance aggravé et d'escroqueries aggravées par les trois magistrats instructeurs co-saisis à Bordeaux. Il est suspecté d'abus de faiblesse commis en février 2007 au préjudice de Liliane Bettencourt : « Affaire Bettencourt : Nicolas Sarkozy mis en examen », *Le Monde*, 21 mars 2013 (AFP). Le procureur de la République a néanmoins rendu à son encontre des réquisitions de non-lieu considérant qu'il ne résultait pas de l'information judiciaire des charges suffisantes : « Affaire Bettencourt : le parquet requiert le non-lieu pour Sarkozy, Woerth et Courbit », *L'Express*, 28 juin 2013 (AFP). Dans leur ordonnance de renvoi, signée le lundi 7 octobre, les magistrats instructeurs ont suivi les réquisitions du parquet et conclu à un non-lieu en faveur de Nicolas Sarkozy, considérant qu'en dépit des indices graves et concordants montrant que le candidat à la présidentielle en 2007 avait reçu de l'argent de Liliane Bettencourt les charges sont insuffisantes à son égard : Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, « Affaire Bettencourt : non-lieu pour Sarkozy », *Le Monde*, 7 octobre 2013. Les trois magistrats instructeurs sont encore au cœur d'une procédure de dessaisissement qui a déjà donné lieu à une décision d'incompétence de la Cour de Cassation au motif que la requête dont elle était saisie n'était pas une requête en suspicion légitime visant une juridiction mais une requête en récusation : Cass. crim. 20 juin 2013, 13-84.177, *Bull. crim.*, 2013. Ils viennent de faire l'objet d'une telle requête, déposée le 13 septembre, auprès de la Cour d'appel de Bordeaux (Gérard DAVET et Fabrice LHOMME, « Affaire Bettencourt : deux mis en cause demandent la récusation des trois juges », *Le Monde*, 17 septembre 2013), ce qui pourrait entraîner la désignation de nouveaux magistrats pour reprendre l'instruction d'une affaire qui a déjà été dépaycée de Nanterre à Bordeaux.

Non compris corrections ? Il a été ?

Bien vérifier toutes les corrections demandées dans cette note

enregistrements litigieux²⁴, et d'avoir procédé à des réquisitions illégales durant son enquête préliminaire : c'est la fameuse affaire « des fadettes » des journalistes. Son enquête a d'ailleurs été annulée pour atteinte au secret des sources des journalistes²⁵.

De plus, en raison de leur proximité avec le pouvoir, les magistrats du parquet sont parfois soupçonnés de transmettre des informations à l'exécutif. Si de sérieux soupçons pèsent à l'encontre du juge Courroye dans l'affaire *Woerth-Bettencourt*, cela est encore plus manifestement le cas dans l'affaire *Karachi*. En effet, suite aux mises en examen de plusieurs des proches de Nicolas Sarkozy, l'Élysée a cru bon de publier un communiqué en date du 22 septembre 2011 dans lequel il est déclaré : « *S'agissant de l'affaire dite de Karachi, le nom du chef de l'État n'apparaît dans aucun des éléments du dossier. Il n'a été cité par aucun témoin ou acteur dans ce dossier* ». Ce communiqué fait clairement apparaître que le Président de la République et ses conseillers ont eu personnellement connaissance des éléments du dossier et donc des pièces de la procédure. Or, comment ont-ils pu en être informés alors que le Président de la République n'est pas partie civile et qu'au stade de l'instruction, seul le procureur et les parties ont connaissance du dossier, et ce, dans le respect du secret de l'instruction ? La connaissance du dossier par l'Élysée laisse présumer l'existence de fuites de la part du procureur, et témoigne, surtout, d'une immixtion du pouvoir exécutif auprès de l'autorité judiciaire de nature à entraver le bon déroulement de l'instruction et la recherche de la vérité²⁶.

Un problème similaire de dépendance peut être rencontré au niveau des officiers de police judiciaire, placés sous la tutelle du ministre de l'Intérieur, qui sont en charge des commissions rogatoires données par le juge d'instruction. Cette tutelle peut, en effet, laisser craindre des fuites d'information. À titre d'exemple, dans le cas de la présumée violation du secret de l'instruction par Brice Hortefeux, dont on a fait état, il est probable que celui-ci ait eu accès aux déclarations sur procès-verbal d'Hélène de Yougoslavie par le biais

24 Il a été de nouveau entendu par le juge d'instruction au sujet de rendez-vous avec Nicolas Sarkozy, qui correspondraient aux dates où Liliane Bettencourt et son entourage tentaient de faire classer sans suite la plainte déposée par sa fille Françoise pour abus de faiblesse contre François-Marie Banier, ainsi que le montrent les enregistrements du majordome, « Philippe Courroye entendu à Bordeaux dans l'affaire *Bettencourt* », *Libération*, 2 octobre 2012 (AFP).

25 Cass. crim., 6 décembre 2011, *Bull. crim.*, 2011, n° 248.

26 Une plainte avec constitution de partie civile pour « violation du secret de l'instruction » a été déposée le 18 juin 2012. Une enquête a été ouverte par trois juges d'instruction afin de déterminer si Nicolas Sarkozy s'est ou non rendu complice de violation du secret de l'instruction. Ils sont allés contre les réquisitions du parquet qui estimait que la poursuite de Nicolas Sarkozy était impossible en raison de l'article 67 de la Constitution en vertu duquel le Président de la République est irresponsable « pour les actes accomplis en cette qualité ». Les magistrats-instructeurs ont estimé que les faits reprochés n'entraient pas dans les fonctions du Président : « Karachi : Sarkozy soupçonné de violation du secret des sources », *Libération*, 10 janvier 2013, (AFP).

des officiers de police judiciaire chargés de l'audition. Brice Hortefeux ayant été ministre de l'Intérieur, il n'est en effet pas déraisonnable de supposer qu'il ait gardé des liens forts avec leur supérieur hiérarchique ce qui lui aurait permis d'obtenir lesdites informations.

Ainsi, la proximité du parquet et celle moindre, mais néanmoins réelle, des officiers de police judiciaire avec le pouvoir en place ont parfois enrayé la recherche de la vérité, et de fait, la réalisation de la transparence des gouvernants. Il reste que la paralysie la plus complète en matière de transparence est bien évidemment le fait d'une action directe de la part des gouvernants eux-mêmes.

B. Une transparence paralysée par les gouvernants eux-mêmes

Tout d'abord, il convient d'indiquer que si, en principe, le juge d'instruction peut entendre toute personne dont la déposition lui semble utile, il existe une restriction qui a son importance au regard des affaires, objet de notre étude : il ne peut, en effet, pas auditionner le Président de la République tant que celui-ci est en fonction, en raison de l'immunité dont il bénéficie²⁷. Cette impossibilité liée au statut du Président de la République a retardé un grand nombre de dossiers dans lesquels un Président en exercice était impliqué. Tel a été le cas d'affaires compromettant l'ancien Président de la République Jacques Chirac, qui n'a pu être entendu par la justice qu'une fois ces deux mandats effectués, et qui a depuis été condamné dans l'affaire des emplois fictifs de la mairie de Paris. Cette immunité a, du reste, été discutée par la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, dite Commission Jospin, qui a, notamment, envisagé de mettre fin à l'inviolabilité du Président de la République en matière pénale. Elle a proposé de lever l'immunité du chef de l'État pour tous les actes qui n'ont pas été accomplis en cette qualité, ce qui permettrait de le poursuivre et le juger pendant son mandat²⁸. Toutefois, elle n'a pas été suivie sur ce point par le gouvernement

27 Voir : Cass. ass. plén., 10 octobre 2001, *Bull. crim.*, 2001, n° 206 p. 660 ; *RFDC*, 2002, pp. 51-78, Régis DE GOUTTES ; *RTD civ.*, 2002, p. 169-172, note Nicolas MOLFESSIS ; et article 67 de la Constitution du 3 octobre 1958.

28 Elle préconisait néanmoins que l'application du droit commun s'accompagne de règles de procédure particulières. En ce qui concerne l'engagement des poursuites, elle jugeait nécessaire qu'une phase d'examen préalable en amont de tout enquête pénale soit effectuée, afin d'éviter les plaintes et les procédures abusives ou en rapport à des actes accomplis en qualité de chef de l'État. S'agissant de la phase d'instruction, elle souhaitait notamment rendre obligatoire l'instruction préparatoire en matière correctionnelle et que l'information concernant le chef de l'État fasse l'objet d'une co-saisine de plusieurs juges d'instruction, et ce, indépendamment des critères de gravité et complexité de l'affaire.

qui vient de déposer quatre projets de loi de révision constitutionnelle, dont l'un portant sur la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des ministres du gouvernement, qui ne concerne pas le volet pénal mais uniquement le volet civil²⁹.

De plus, en France, il n'est pas rare de voir l'exécutif mis en cause, soit dans le blocage de la saisine d'un juge d'instruction, soit dans la rétention d'information. À titre d'exemple, s'agissant de la première hypothèse, Jean-Louis Nadal, ancien procureur général près de la Cour de cassation, a laissé entendre³⁰ que l'Élysée avait freiné la nomination d'un juge d'instruction dans l'affaire *Woerth-Bettencourt*. Il aura en effet fallu attendre un peu plus de cinq mois, à partir de la publication des enregistrements litigieux, pour qu'une instruction soit ouverte.

Il reste que, sur ce point, la principale difficulté réside dans la question de l'accès aux documents classés secret-défense, le secret de la défense nationale ayant, d'ailleurs, été qualifié « *d'angle mort* » de la transparence par le Conseil d'État³¹. Se pose, en ce qui nous concerne, la question de la levée de ce secret, autrement dit de l'accès à ces documents par le juge, et précisément par le juge d'instruction, dès lors qu'ils sont indispensables à l'information judiciaire en cours et à la manifestation de la vérité. Si le secret de la défense nationale est nécessaire, notamment pour des raisons de sécurité publique, et doit donc, à ce titre, être protégé, son invocation a parfois servi des causes très éloignées de son objet réel. Il est alors apparu indispensable de concilier l'État de droit et le secret de la défense nationale. Afin d'éviter l'invocation trop fréquemment constatée du secret de la défense nationale devant les juridictions et de remédier à l'entrave à la justice et, de fait, à la transparence dans certaines affaires terroristes et politico-financières, la loi du 8 juillet 1998 a créé une Commission consultative du secret de la défense nationale (ci-après dénommée CCSDN). Il s'agit d'une autorité administrative indépendante, « *chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du Code pénal* »³². Il appartient, en effet, à une juridiction française, dans le cadre d'une procédure engagée devant elle, d'adresser une demande motivée – ni trop succincte, ni trop large – de déclassification et de communication d'informations, à l'autorité administrative en charge de la

29 V. Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement (PRMX1306705L), du 13 mars 2013.

30 « Affaire *Woerth-Bettencourt* : un ex-magistrat met en cause l'Élysée », *Libération*, 15 mars 2012.

31 Rapport public du Conseil d'État, Études et documents, n° 47, La Documentation française, 1995, cité par Marc GUILLAUME, « Parlement et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 67.

32 Article L 2312-1 du Code de la défense, qui a été modifié suite à la décision rendue par le Conseil constitutionnel : CC, DC n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *M^{me} Ekaterina B., épouse D., et autres*, AJDA, 2011, 2206 ; D. 2011, 2721, édito Frédéric ROME ; JCP G, 2012, p. 309-313, Agathe LEPAGE ; *Droit pénal*, n° 12, 2011, p. 36-37, Marion HAAS et Albert MARON.

classification. Cette autorité saisit, sans délai, la Commission, qui lui donne un avis sur la déclassification et la communication des informations protégées au titre du secret de la défense nationale³³. L'avis en question doit être rendu dans un délai de deux mois ; son « sens » est publié au *Journal officiel*, et, est transmis au ministre compétent pour ordonner la déclassification, lequel a quinze jours pour rendre sa décision à la juridiction³⁴. Le ministre est totalement libre de décider d'une éventuelle déclassification et donc d'une communication des documents réclamés ; il n'est en aucun cas lié par l'avis rendu. À l'origine plutôt rare, le contentieux relatif aux documents classés secret-défense s'est avéré de plus en plus fréquent, notamment en raison de la multiplication des affaires politico-financières traitées par les juges.

À titre d'exemple, dans l'affaire *Karachi*, les juges d'instruction en charge du volet financier ont demandé à plusieurs reprises la levée du secret-défense au sujet d'un nombre important de documents utiles à la manifestation de la vérité. Si certaines demandes ont tout simplement échoué, quatre avis favorables ont néanmoins été rendus par la CCSDN, le 19 avril 2012, pour déclasser 65 documents classés par Matignon, le ministre des Affaires étrangères et celui de la Défense³⁵. Le contexte électoral aidant, les ministères concernés ont immédiatement annoncé qu'ils suivraient les avis rendus, alors qu'au même moment, les familles des victimes ont saisi la Cour européenne des droits de l'Homme, afin qu'elle condamne la France pour sa procédure de déclassification. Leur requête s'appuie sur le fait que la décision de déclassification appartient au seul pouvoir exécutif en charge de la classification après avis d'une commission qui n'offre pas de garanties suffisantes pour préserver les droits de l'accusé et par voie de conséquence ceux des victimes.

De son côté, l'actuel Président de la République, François Hollande, s'est engagé à faire réexaminer par les ministres la déclassification de documents concernant aussi bien le volet terroriste que financier, et qui avait reçu un avis défavorable de la part de la CCSDN. Il s'est prononcé en faveur de leur transmission directe au juge, à condition qu'ils ne mettent pas en péril la sécurité de l'État ou de ses agents. Considérant que la transparence et le secret doivent faire l'objet d'une conciliation³⁶, il a également envisagé d'aller plus loin, avec une réforme du secret de la défense nationale, et a proposé, à ce titre, de généraliser la transmission directe au juge d'un certain nombre

33 Cette procédure de déclassification et de communication des informations couvertes par ce secret a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-192 QPC rendue le 10 novembre 2011 : CC, DC n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *M^{me} Ekaterina B., épouse D., et autres, op. cit.* En revanche, il a censuré les règles relatives aux lieux classifiés secret-défense.

34 Article L 2312-8 du Code de la défense.

35 « Avis favorables pour déclasser 65 documents sur Karachi », *Le Monde*, 4 mai 2012.

36 En ce sens également, Jean-Michel BELORGEY, « L'Etat entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 25 et s.

de documents. On peut, d'ailleurs, se demander s'il ne serait pas plus judicieux de confier la levée du secret-défense à une autorité judiciaire plutôt qu'aux autorités exécutives, dans la mesure où, lorsqu'elles sont concernées par l'instruction menée par le juge, les chances de voir les documents classés transmis sont moindres, ce qui freine indéniablement l'exigence de transparence recherchée et destinée à prévenir ou sanctionner la corruption. À défaut d'une réforme en ce sens, il est également possible d'envisager l'instauration d'une obligation de motivation du refus de déclassifier ou de communiquer à la charge de l'autorité exécutive, d'une certaine manière, sur le modèle de ce qui a pu être observé devant le juge administratif. Dans l'hypothèse d'un refus de déclassification ou de communication, celui-ci peut en effet ordonner à l'autorité administrative, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, de lui fournir les raisons qui fondent son refus, donc *in fine*, les raisons de la classification, étant précisé que la transmission de ces informations doit se faire « dans les formes préservant le secret de la défense nationale »³⁷. Si le droit d'accès à ces raisons soulève quelques interrogations quant à la nature du contrôle exercé par le juge sur les décisions ministérielles de classification³⁸, dans notre hypothèse, il permettrait d'une part, d'éviter tout refus arbitraire, et, d'autre part, l'obtention par le juge d'instruction d'un ensemble d'informations pouvant s'avérer utile à l'instruction.

En définitive, comme il a pu être observé, de nombreuses affaires de corruption, de financement illégal de partis politiques, d'abus de biens sociaux n'auraient jamais pu aboutir, voire n'auraient même pas été initiées, si des juges d'instruction n'avaient pas été saisis. Selon nous, c'est ici que réside le principal risque à confier aux procureurs de la République l'initiative de toutes les investigations, comme le suggérait l'avant-projet de loi défendu par le gouvernement précédent. Vu l'importance qu'il joue dans la réalisation de la transparence de la vie politique, il nous semble totalement « *prématuré d'enterrer le juge d'instruction* »³⁹, qui a su en quelques années faire reculer les tentations de corruption des gouvernants et ainsi faire progresser la démocratie, qui requiert, en effet, une transparence quasi parfaite des gouvernants afin que les citoyens, « *éclairés par la vérité, puisse[nt] lucidement le[s] désigner,*

37 CE, 10^e et 9^e sous-sections, 20 février 2012, *Gaz. pal.*, 8 mars 2012, n° 68, p. 29, obs. Philippe GRAVELEAU ; *AJDA*, 2012, p. 356 ; et p. 1072 et s., note Sara BRIMO.

38 Cf. Sara BRIMO, « Secret-défense et essais nucléaire », *AJDA*, 2012, p. 1072.

39 En ce sens également, Bernard BOULOC, « Que penser des propositions du 'Comité Léger' », *D.*, 2009, p. 2264.

l[es] *écarter ou le[s] rejeter* »⁴⁰. Dès lors, au lieu d'envisager sa suppression, il faudrait davantage réfléchir aux réformes qui sont à réaliser afin d'éviter toute immixtion de l'exécutif dans les affaires judiciaires. Si modification il doit y avoir, celles-ci devraient davantage toucher le statut du parquet et des officiers de police judiciaire ainsi que la levée du secret-défense, qui sont des freins à la transparence des gouvernants. Il apparaît notamment souhaitable de renforcer l'indépendance du parquet vis-à-vis de l'exécutif et de lui adjoindre des officiers de police judiciaire placés sous son autorité et non sous la tutelle du ministère de l'Intérieur.

⁴⁰ Jean-Denis BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 9.

Parlement : de la publicité à la transparence « sans tabou et sans hystérie »

Éric THIERS

Lors de la conférence de presse du 25 septembre 2012 où il exposa ses projets pour l'institution, le président de l'Assemblée nationale, M. Claude Bartolone, déclara : « *Je veux que l'Assemblée nationale soit une maison de verre, transparente, exemplaire, irréprochable* » en ajoutant : « *La transparence est un sujet sérieux et il doit être traité de façon sérieuse. Sans tabou, mais sans hystérie. Je tiendrai donc les deux bouts de la chaîne : le rôle que les députés m'ont confié, c'est de trouver le juste équilibre entre transparence et indépendance* »¹. Ce faisant, le président de l'Assemblée a explicité le dilemme auquel est confrontée l'institution parlementaire depuis, sans doute, son origine mais avec une acuité nouvelle dans le contexte d'aujourd'hui. Loin des controverses actuelles qui viennent d'être tranchées par la représentation nationale au moment où ces lignes sont publiées², notre propos entend mettre en évidence les enjeux qui s'attachent à la question de la transparence au parlement en insistant sur le sens de la nuance qu'appelle toute réponse en la matière ; une telle nuance ne nous semble pas un luxe alors que, dans ce

1 <http://presidence.assemblee-nationale.fr/le-president/discours/conference-de-presse-du-president-claude-bartolone> (tous les sites mentionnés dans cette contribution ont été consultés au 17 mai 2013).

2 Les deux projets de loi, dont l'un organique, consacrés à la transparence de la vie publique, déposés le 24 avril 2013 sur le bureau de l'Assemblée nationale, ont été promulgués le 11 octobre 2013. V. Loi n° 2013-907 et Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

domaine, la simplification est trop souvent de mise sous l'empire du système médiatique contemporain.

D'aucuns estiment qu'une forme de pureté démocratique exigerait que l'institution parlementaire, représentant le peuple, soit placée sous le regard constant des citoyens. Mais jusqu'où doit aller cette surveillance populaire ? Au-delà de l'institution, de ses procédures, les parlementaires doivent-ils eux-mêmes se trouver placés dans un panoptique démocratique digne de Bentham³ ? Mais la démocratie est aussi fondée sur une fiction initiale et acceptée. L'Assemblée nationale donne un corps concret à cette réalité impalpable – virtuelle – et pourtant bien vivante qu'est le corps politique national. Le fonctionnement même d'une assemblée parlementaire suppose une mécanique institutionnelle, procédurale mais aussi politique – à travers les négociations entre les différents acteurs – qui ne peut être livrée sans, en quelque sorte, un « mode d'emploi », sans une forme de mise en perspective qui permette de lui donner sens. Or, la transparence brute peut conduire à une incompréhension ou, pire, à une exploitation dont le résultat est rarement un éloge du parlement ou des parlementaires⁴.

Pourtant, l'actualité le montre, les sociétés contemporaines ont une soif inextinguible de transparence. Elle est naturellement une norme de fonctionnement démocratique permettant d'attribuer un mandat clair aux représentants et de leur demander des comptes. Mais elle apparaît de plus en plus comme une valeur en soi, une norme morale. Cette dimension morale – voire moralisatrice – s'impose dans les débats contemporains⁵ conduisant à confondre deux ordres dont les contours peuvent être distincts. Parce que la transparence est désormais assimilée au Bien, toute entorse à ce principe – ou une simple adaptation – est perçue comme condamnable alors même qu'elle serait justifiée par la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'institution ou de préserver les intérêts supérieurs de certaines personnes ou de la nation. Les assemblées sont bien soumises à une injonction paradoxale : à mesure qu'on exige d'elles plus de transparence et qu'elles répondent à cette demande pressante – parfois même en l'anticipant –, on les adjure d'en faire plus encore, sans cesse. On peut craindre que cette frénésie implacable repose dans ses tendances extrêmes sur une forme d'antiparlementarisme au sens où, dans l'absolu, elle dénie finalement aux représentants du peuple toute capacité d'agir un tant soit peu indépendante. Les chambres et leurs membres seraient mis perpétuellement en situation de devoir se justifier et non plus d'expliquer.

³ Jeremy BENTHAM, *Le Panoptique*, 1780.

⁴ En 2009, plusieurs députés avaient rendu publique au centime près l'utilisation de leur indemnité représentative de frais de mandat. Il n'est qu'à lire les commentaires qui furent postés sur leur blog pour mesurer les réactions que ces démarches, pourtant considérées comme vertueuses, ont pu susciter.

⁵ Denys DE BÉCHILLON, « L'extase des bûchers », *Le Figaro*, 19 janvier 2012.

Pourtant il serait bien faux de croire que les assemblées découvrent aujourd'hui les contraintes de l'ouverture à la société. Bien au contraire, l'histoire de l'institution parlementaire est étroitement liée à l'idée même de publicité. C'est en effet par la publicité des travaux parlementaires que la démocratie s'est véritablement construite tout au long du XIX^e siècle (I).

Depuis quelques années, la difficulté est née de la substitution de la notion de transparence à celle de publicité. On est ainsi passé d'une projection de l'institution vers le public pour constituer une communauté politique – la publicité – à une irruption – une intrusion ? – de la société dans l'institution, selon des modalités qu'il reste à déterminer et qui reposent sur l'idée d'une surveillance continue des représentants par les représentés. La publicité renvoyait à une forme de mise en scène ; la transparence suppose qu'on visite aussi les coulisses (II).

Aujourd'hui incontestable, le principe de la transparence ne doit toutefois pas se résumer à un slogan, et il importe de comprendre et de faire comprendre que les assemblées doivent répondre à des impératifs de fonctionnement qui supposent que des limites puissent dans certaines circonstances être opposées à ce principe. C'est en particulier le cas lorsque les assemblées ont à connaître de secrets, dans le domaine de la défense ou du renseignement, qu'il ne peut être question de dévoiler au nom de la protection des intérêts de la nation et de la sécurité des personnes (III).

Comment conclure sans insister sur le fait que les assemblées ne sont pas des institutions par nature opaques, subissant l'ouverture imposée par la société d'aujourd'hui ? Plus encore, les parlements jouent un rôle essentiel dans le dévoilement de toute une série de faits, de comportements ou de phénomènes, qui contribue à la transparence de la société elle-même. Il ne faudrait pas l'oublier.

I. LA PUBLICITÉ FONDEMENT DE L'INSTITUTION PARLEMENTAIRE

La publicité est liée à la construction de l'institution parlementaire et, au-delà, on peut même établir un parallèle entre le développement de la démocratie et celui de la publicité des travaux des assemblées⁶. Pour Guizot, la publicité était, avec la division des pouvoirs et l'élection, l'une des trois conditions nécessaires du régime représentatif, « *la publicité constitu[ant] le*

⁶ Alain DELCAMP, préface à Hugo CONIEZ, *Écrire la démocratie. De la publicité des débats parlementaires*, L'Harmattan, 2008, p. 5. Les passages qui suivent sur l'historique de la publicité des travaux parlementaires doivent, pour l'essentiel, à cet ouvrage.

lien de la société et de son Gouvernement »⁷ et, quelques décennies plus tôt, Bentham voit la publicité comme un remède à l'abus de pouvoir⁸.

Dès les États généraux de 1789, les députés du Tiers contraignent le Roi à autoriser le public à suivre leurs travaux. Les excès nés de cette présence permanente, bruyante, menaçante parfois, conduisent à contraindre le public à respecter des règles de comportements strictes. Quelques mois avant que la Constitution du 3 septembre 1791 consacre le principe de la publicité des séances⁹, par décret du 1^{er} juin 1791, « *l'Assemblée nationale défend aux personnes qui sont ou seront admises dans les tribunes, de donner aucune marque d'approbation ou d'improbation, et ordonne que celles qui s'écarteront de cette règle par des clameurs ou des murmures indécentes seront sur-le-champ contraintes d'en sortir* »¹⁰.

Au-delà de la présence des spectateurs, physiquement limitée, les comptes rendus des débats constituent le principal vecteur de cette publicité. Établi dès la période révolutionnaire, notamment *via* des initiatives privées comme celle du *Moniteur*, le compte rendu devient « officiel » en 1848, par l'intégration au sein des services de l'assemblée d'un corps de sténographes¹¹.

Sous la III^e République, la publicité des travaux des assemblées va être établie par pas moins de trois supports avec un *compte rendu sommaire* distribué immédiatement pour les agences de presse afin de rédiger les dépêches, un *compte rendu analytique* à destination des journaux, un *compte rendu intégral* à destination des ouvrages, pour reprendre une trilogie établie par Eugène Pierre, le grand « oracle » du droit parlementaire¹². Le Secrétaire

- 7 François GUIZOT, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe*, Didier, 1880, t. I, p. 124 (cité par Hugo CONIEZ, *Écrire la démocratie. De la publicité des débats parlementaires*, op. cit., p. 11).
- 8 Jeremy BENTHAM, *Garanties contre l'abus de pouvoir* [1823], Editions Rue d'Ulm, 2001, p. 104 (cité par Hugo CONIEZ, *Écrire la démocratie. De la publicité des débats parlementaires*, op. cit., p. 18).
- 9 Article 1^{er} de la section « *Tenue des séances et forme de délibérer* » : « *Les délibérations du Corps législatif seront publiques, et les procès-verbaux de ses séances seront imprimés.* »
- 10 Le Règlement de la Convention nationale en date du 28 septembre 1792 exige le silence pour « *la tranquillité des débats...*, le calme commandé par les grands intérêts de l'État » et rappelle que les citoyens « *ne peuvent honorer les représentants sans s'honorer eux-mêmes* ». Aujourd'hui encore, l'article 8 de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale dispose : « *Le public admis dans les tribunes se tient assis, découvert et en silence ; il peut consulter les documents parlementaires relatifs au débat en cours et prendre des notes. Toute personne donnant des marques d'approbation ou d'improbation est exclue sur-le-champ par les huissiers chargés de maintenir l'ordre. Toute personne troublant les débats peut être traduite devant l'autorité de police ou de justice compétente. Elle peut, en outre, se voir interdire l'accès au Palais-Bourbon.* » Voir Assemblée nationale, *La séance publique. Connaissance de l'Assemblée*, n° 6, 2000, http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/collection/6.asp#P33_7276
- 11 La mise en place de cette publicité fut un réel enjeu de pouvoir et ne se fit pas sans heurt comme le montre l'histoire du *Hansard* au Royaume-Uni, initiative privée à l'origine, qui fut « nationalisée » en 1909 par le Parlement britannique.
- 12 Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, « *Introduction au supplément de 1910* », Paris, 1914, p. XXII. Toute l'introduction de 1910 est un éloge vibrant de la publicité des

général de la Chambre n'hésitait pas à se laisser porter par un certain lyrisme : « *le compte rendu des Chambres [...] est le document le plus sincère et le plus complet de l'histoire contemporaine ; les autres pourraient disparaître ; il suffirait à lui seul pour raconter aux siècles futurs les joies et les douleurs, les espérances et les angoisses de notre génération* »¹³. C'est dire l'importance conférée à cette publicité, conséquence directe de la place centrale que tiennent les chambres dans le système politique¹⁴. Les atteintes qui lui furent portées sous le Second Empire appurent ainsi comme le signe de l'abaissement du parlement¹⁵.

Aujourd'hui, le principe de la publicité des travaux des assemblées est consacré à l'article 33 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les séances des deux assemblées sont publiques. Le compte rendu intégral des débats est publié au Journal officiel de la République française. / Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres.* » Le principe est bien la publicité et l'exception le secret. Si la possibilité d'un huis clos¹⁶ est une tradition constante des régimes politiques depuis la Constitution de 1791¹⁷, les assemblées n'y ont recours que dans des situations limites comme ce fut le cas en 1870-1871 et pendant les deux guerres mondiales¹⁸. Les comptes rendus des séances tenues en comité secret furent très vite dévoilés pour ces deux derniers conflits (en 1919 et en 1948) alors qu'il a fallu attendre le 5 avril 2011, pour que l'Assemblée nationale vote aux fins d'autoriser la publicité des comptes rendus qui avaient été

débats et de la rédaction des comptes rendus. On peut en retrouver le texte numérisé sur le site de l'Assemblée nationale http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/droit_eugene_pierre.asp

13 *Ibid.*

14 À titre d'exemple, on pourrait évoquer les pages que Charles Péguy consacre à la question de la restitution des travaux parlementaires dans plusieurs de ses articles des *Cahiers de la Quinzaine* en 1903 lors de ce qu'il appelle la reprise parlementaire de l'Affaire Dreyfus : Éric THIERS, « Pour une histoire du Parlement : les leçons de Péguy », *Mil neuf cent*, n° 20, 2002, p. 67-92.

15 Bernard GAUDILLÈRE, « La publicité des débats parlementaires (1852-1870) », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, n° 2008/3, p. 27-49.

16 Article 51 du Règlement de l'Assemblée nationale : « *1. L'Assemblée peut décider de siéger en comité secret par un vote exprès et sans débat émis à la demande soit du Premier ministre, soit d'un dixième de ses membres. Le dixième des membres est calculé sur le nombre des sièges effectivement pourvus. En cas de fraction, le nombre est arrondi au chiffre immédiatement supérieur. Les signatures doivent figurer sur une liste unique. À partir du dépôt de cette liste, aucune signature ne peut être retirée ni ajoutée et la procédure doit suivre son cours jusqu'à la décision de l'Assemblée. La liste ne varietur des signataires est publiée au Journal officiel à la suite du compte rendu de la séance. / 2. Lorsque le motif qui a donné lieu au comité secret a cessé, le Président consulte l'Assemblée sur la reprise de la séance publique. / 3. L'Assemblée décide ultérieurement de la publication éventuelle du compte rendu des débats en comité secret. À la demande du Gouvernement, cette décision est prise en comité secret.* »

17 *De l'Empire à la République. Comités secrets du Parlement*, préface de Bernard ACCOYER, Assemblée nationale, Perrin, 2011, 249 p.

18 Fabienne BOCK, « Le secret est-il compatible avec le régime parlementaire ? L'exemple de la Grande Guerre », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 58, 2000, p. 40-44.

dressés des séances tenus en comité secret en 1870 et 1871 et ce, conformément à l'article 51, alinéa 3, du Règlement.

Pour ce qui est du principe, les Règlements des assemblées le déclinent pour les séances plénières¹⁹ mais aussi pour les réunions des commissions permanentes ou, à l'Assemblée nationale, les travaux du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques²⁰. La publicité des travaux des commissions est organisée par leur bureau²¹. Cette publicité peut se faire par la voie audiovisuelle. On observe qu'au Palais-Bourbon, la Commission des Affaires culturelles, la Commission des Lois²² et tout récemment la Commission des Affaires sociales ouvrent tous leurs travaux à la presse, avec une diffusion sur Internet, alors que les autres commissions en sont restées à l'ouverture de leurs seules auditions. Au Sénat, la pratique de la non-ouverture des travaux des commissions demeure encore bien ancrée.

L'ouverture des travaux des commissions permanentes apparaît comme la suite logique des modifications apportées à l'article 42 de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et ce, pour deux raisons. Aux termes de cet article, sauf quelques exceptions, le texte amendé et adopté en commission est examiné en séance en lieu et place du projet initial du gouvernement ou du projet venant de l'autre chambre. Dès lors, les travaux de la commission revêtent une importance considérable pour comprendre les évolutions du texte et les intentions du législateur. En outre, la réforme de 2008 entendait faire basculer en commission une grande partie des débats techniques pour que la séance plénière se concentre sur les aspects les plus politiques du texte. Le Comité Ballardur, lorsqu'il fit le bilan provisoire de cette réforme institutionnelle, n'écrivait-il pas : « *La publicité des travaux des commissions par leur ouverture à la presse et leur médiatisation sont sans doute l'une des clés de cette évolution, même si les membres du Comité ont conscience*

19 Article 59 du Règlement de l'Assemblée nationale : « 1. Avant de lever la séance, le Président fait part à l'Assemblée de la date et de l'ordre du jour de la séance suivante. / 2. Il est établi, pour chaque séance publique, un compte rendu intégral, publié au Journal officiel. / 3. Le compte rendu intégral est le procès-verbal de la séance. Il devient définitif si le président de l'Assemblée n'a été saisi par écrit d'aucune opposition ou d'aucune demande de rectification vingt-quatre heures après sa publication au Journal officiel. Les contestations sont soumises au Bureau de l'Assemblée, qui statue sur leur prise en considération après que l'auteur a été entendu par l'Assemblée pour une durée qui ne dépasse pas deux minutes. / 4. Si la contestation est prise en considération par le Bureau, la rectification du procès-verbal est soumise par le président au début de la première séance suivant la décision du Bureau, à l'Assemblée qui statue sans débat. / 5. Un compte rendu audiovisuel des débats en séance publique est produit et diffusé dans les conditions déterminées par le Bureau. »

20 Article 146-2, alinéa 12, du Règlement de l'Assemblée nationale.

21 Art. 46, alinéa 1^{er}, du Règlement de l'Assemblée nationale.

22 Il en va ainsi également pour bon nombre d'auditions organisées par les missions d'information. De même, de manière inédite, la Commission des Lois organisa la publicité sur Internet d'auditions menées par le rapporteur, hors réunion de la Commission, du projet de loi ouvrant le mariage des couples de personnes de même sexe, à l'automne 2012.

que cette évolution risque de changer la nature des échanges en commission, avec une politisation accrue »²³ ? On constate que l'ouverture de travaux des Commissions des Affaires culturelles, des Lois ou des Affaires sociales à l'Assemblée n'a pas induit une telle évolution dans les débats entre députés alors même que les bénéficiaires d'une telle publicité en termes d'intérêt porté aux travaux parlementaires sont tangibles²⁴.

Le Conseil constitutionnel a donné toute sa portée au principe de publicité des travaux, notamment ceux des commissions, après la réforme de l'article 42 de la Constitution. Dans sa décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009 sur le Règlement de l'Assemblée nationale, il n'a certes pas exigé l'ouverture à la presse des commissions – le compte rendu écrit apparaissant suffisant – mais on y voit poindre l'exigence d'une plus grande publicité des travaux parlementaires²⁵.

Les commissions d'enquête sont également soumises par principe à la publicité que ce soit par la retranscription écrite des auditions ou par leur retransmission audiovisuelle²⁶. Les auditions à huis clos sont une exception à ce principe. Selon les cas, une commission d'enquête peut décider de rendre

23 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, 17 mai 2010, Paris, s. n., p. 24.

24 Comme l'ont montré par exemple les articles de presse ou les réactions observées sur les réseaux sociaux, le débat en Commission des Lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a été très suivi et commenté.

25 « 11. Considérant que l'article 26 donne une nouvelle rédaction de l'article 46 du règlement ; qu'il définit les conditions dans lesquelles les commissions organisent la publicité de leurs travaux ; 12. Considérant que les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, qui s'appliquent aux travaux des commissions, imposent qu'il soit précisément rendu compte des interventions faites devant celles-ci, des motifs des modifications proposées aux textes dont elles sont saisies et des votes émis en leur sein ; qu'il en va notamment ainsi pour les projets et propositions de loi dont la discussion porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie ; 13. Considérant que, sous cette réserve, l'article 26 de la résolution n'est pas contraire à la Constitution ; » : CC, n° 2009-581 DC, 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, *Rec.*, p. 120 ; *JO*, 28 juin 2009, p. 10867.

26 Article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 : « IV. Les auditions auxquelles procèdent les commissions d'enquête sont publiques. Les commissions organisent cette publicité par les moyens de leur choix. Toutefois, elles peuvent décider l'application du secret ; dans ce cas, les dispositions du dernier alinéa du présent article sont applicables. / Les personnes entendues par une commission d'enquête sont admises à prendre connaissance du compte rendu de leur audition. Cette communication a lieu sur place lorsque l'audition a été effectuée sous le régime du secret. Aucune correction ne peut être apportée au compte rendu. Toutefois, l'intéressé peut faire part de ses observations par écrit. Ces observations sont soumises à la commission, qui peut décider d'en faire état dans son rapport. / L'assemblée intéressée peut décider, par un vote spécial et après s'être constituée en comité secret de ne pas autoriser la publication de tout ou partie du rapport d'une commission d'enquête. / Sera punie des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal toute personne qui, dans un délai de vingt-cinq ans, sous réserve des délais plus longs prévus à l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publics d'une commission d'enquête, sauf si le rapport publié à la fin des travaux de la commission a fait état de cette information. » L'article 144-1 du Règlement dispose que sauf lorsque la commission d'enquête a décidé, conformément au premier alinéa du IV de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, l'application du secret, ses auditions peuvent donner lieu à leur retransmission télévisée.

publiques certaines auditions, d'en tenir d'autres à huis clos ou, enfin, sous le régime du secret. Dans le premier cas, une retransmission audiovisuelle de la réunion a lieu, suivie d'un compte rendu écrit ; dans le deuxième, seul le compte rendu sera publié ; dans le troisième rien ne sera rendu public. Le choix de la publicité plus ou moins large donnée aux travaux de la commission d'enquête est souvent dicté par la volonté de protéger des témoins, d'éviter une pression médiatique ou d'obtenir certaines informations protégées. C'est le cas pour les personnes qui participent ou ont participé aux travaux de l'Autorité de contrôle prudentiel ou de l'Autorité des marchés financiers ; elles sont déliées de leur secret professionnel devant la commission d'enquête lorsque celle-ci a décidé l'application du secret²⁷. On peut noter que ces pratiques ont aussi cours pour les missions d'information, mode moins formel d'investigation dont disposent les assemblées. Ainsi celle sur la pratique du port du voile intégral, créée en 2009 par la conférence des présidents de l'Assemblée nationale, usa de ces possibilités pour entendre une personne voilée intégralement ainsi que certains témoins travaillant au sein de quartiers sensibles et refusant que leur nom et leurs propos soient rendus publics.

La question de la non-publication du rapport d'une commission d'enquête pose un problème dont on a pu cerner la difficulté en 2011. L'Assemblée nationale avait constitué, à l'initiative d'un groupe minoritaire – au titre de son « droit de tirage » – une commission d'enquête sur les mécanismes de financement des organisations syndicales d'employeurs et de salariés. Les auditions de cette commission d'enquête n'avaient pas fait l'objet de publicité. Aux termes des six mois d'enquête, la majorité de cette commission avait finalement rejeté le rapport le 30 novembre 2011. Dès lors, les dispositions de l'article 144-2 du Règlement s'appliquaient : le président de la commission devait remettre au président de l'Assemblée nationale tous les documents en sa possession ayant trait aux travaux de la commission, y compris le projet de rapport rejeté par cette dernière, *ceux-ci ne pouvant donner lieu à aucune publication*. Il n'en demeure pas moins que le rapport rejeté fut publié par un magazine sur son site Internet montrant toute la difficulté de faire respecter rigoureusement de telles dispositions du Règlement dans un monde hypermédiatisé.

Hormis quelques cas particuliers et finalement de plus en plus rares, la publicité des travaux des assemblées est donc presque totale que ce soit par la diffusion des travaux sur Internet ou, plus classiquement, par la voie de comptes rendus écrits. Cela signifie-t-il que le parlement est arrivé au terme d'un processus d'ouverture répondant aux attentes de la société ou, en tout état de cause, d'une frange active de la population ? Il est certain que non. À

²⁷ Article 6, II, de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

la publicité qui est un mode contrôlé, raisonné, de mise à disposition d'information, on entend substituer la transparence qui renvoie à un processus intrusif qui peut revêtir dans ses formes les plus abouties des aspects inquisiteurs. Cet appel à la transparence a connu des réponses, y compris récemment, de la part des assemblées parlementaires. Il n'en demeure pas moins que cette volonté de transparence lance un défi à des institutions trop souvent injustement mises en cause au nom d'une conception particulière de la démocratie exprimant une méfiance à l'égard des élus et de l'idée de représentation.

II. LE DÉFI CONTEMPORAIN DE LA TRANSPARENCE

La transparence parlementaire est un standard international en termes de gouvernance institutionnelle. Il n'est pour s'en convaincre que d'observer les préconisations de bon nombre d'institutions internationales – le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD)²⁸, la Banque mondiale²⁹, l'Union interparlementaire (UIP), l'Association parlementaire du Commonwealth (APC), l'Assemblée parlementaire de la francophonie (APF) ou l'Union européenne, par exemple – qui entendent établir des standards de bonne gouvernance parlementaire. À ces institutions s'ajoutent des associations, des organisations non gouvernementales (ONG), des mouvements de citoyens qui, au-delà des frontières, prônent le respect d'obligations renforcées de transparence aux assemblées au nom d'une vigilance citoyenne.

Ce mouvement correspond à une prise de conscience assez récente : les parlements jouent un rôle dans le développement des pays pauvres. L'institution parlementaire n'est plus assimilée à une tête de réseau clientéliste qui ferait obstacle à une répartition optimale des ressources destinées à permettre le développement économique et social. Désormais, on a compris qu'il fallait mieux renforcer la gouvernance démocratique par l'émergence de parlements efficaces. La transparence joue là un rôle cardinal. Ainsi, la Banque mondiale estime que « *les parlementaires, représentants élus des peuples, peuvent représenter un puissant groupe de plaidoyer pour la cause du développement* »³⁰.

28 À travers le portail *Agora* qui regroupe des sites proposés par des institutions internationales, des parlements nationaux (comme l'Assemblée nationale française) ou des ONG : www.agora-parl.org.

29 Au travers de son site dédié aux parlementaires (www.worldbank.org/parliamentarians). Toby MENDEL, *Parliament and Access to Information: Working for Transparent Governance*, The World Bank – Commonwealth Parliamentary Association, coll. « WBI Working Papers. Series on Contemporary Issues Parliamentary Development », 2005, 86 p.

30 Page consacrée à la Banque mondiale et aux parlementaires sur le site de la Banque (www.worldbank.org/parliamentarians).

Dès lors qu'un rôle important leur est reconnu, il importe que des garanties soient apportées quant à leur action et leur organisation.

Des documents sont publiés, à cet effet, comme le guide des bonnes pratiques de l'UIP intitulé *Parlement et démocratie au vingt-et-unième siècle*³¹ ; il contient un chapitre « Un parlement ouvert et transparent », la question de l'accès des médias et de l'information du public étant au cœur des préconisations très concrètes de l'UIP³². De même, cette organisation a édité un document de référence avec des critères d'autoévaluation à l'intention des parlements. La question de la transparence y figure évidemment. Pour déterminer quel est le degré de transparence des parlements sous l'angle de l'accessibilité du public, l'UIP propose de répondre à un questionnaire très concret : dans quelle mesure les débats du parlement et de ses commissions sont-ils accessibles aux médias et au public ? Quel est le degré de liberté dont jouissent les journalistes dans leurs reportages sur le parlement et les activités des parlementaires ? Quel est le degré d'information, passant par différents canaux, que le parlement offre aux citoyens concernant ses travaux ? Quel est le degré d'intensité et de réussite des initiatives destinées à intéresser les jeunes aux travaux du parlement ? Dans quelle mesure les électeurs ont-ils la possibilité d'exprimer leur point de vue et leurs préoccupations directement à leurs élus, quelle que soit leur affiliation politique ? Quel est le degré de convivialité de la procédure permettant à des particuliers ou à des groupes de soumettre des informations à une commission parlementaire ou une commission d'enquête ? Quel est le degré d'implication offert aux citoyens dans l'élaboration de la législation (par exemple par le biais d'initiatives citoyennes, de référendums, etc.) ? Dans la rubrique « L'obligation de rendre compte » de ce guide de bonnes pratiques, on remarque aussi que l'un des critères est : quel est le degré de transparence et d'efficacité de la procédure destinée à éviter les conflits d'intérêts, qu'ils soient financiers ou autres, dans l'exercice des fonctions parlementaires ? Au travers de ce questionnement permettant une auto-évaluation des parlements, on voit apparaître les principaux critères qui permettent, selon l'UIP, d'estimer qu'une assemblée est ou non transparente.

Si l'action de ces organisations internationales est déterminante dans bon nombre de pays en voie de développement ou en transition démocratique, elle n'a sans doute pas d'effet direct dans les démocraties occidentales dont les parlements sont des institutions anciennes. Cependant, cette profusion de codes, de chartes, de guides converge vers la définition d'un standard international repris par des associations ou des ONG qui, sur le plan international ou national, promeuvent souvent la transparence la plus complète.

³¹ <http://www.ipu.org/dem-f/guide/guide-3.htm>

³² <http://www.ipu.org/pdf/publications/self-f.pdf>

Transparency International France, membre d'un réseau mondial, en est le parfait exemple. Il publie chaque année un rapport sur la situation de nos institutions à travers ce que cette association intitule « Système national d'intégrité », et ce rapport fait un lien univoque entre transparence et intégrité³³.

Des associations plus hexagonales, comme *Regards Citoyens*, se présentent comme agissant pour la valorisation d'un parlement qui œuvrerait sous l'œil – le regard – des citoyens, avec les sites nosdéputés.fr et nossénateurs.fr, avec le suivi de la confection de la loi en direct, la quantification de l'activité des parlementaires, la dénonciation de l'absentéisme ou des délégations de vote. Ces initiatives ne sont pas sans poser des questions de méthode³⁴ et suscitent des réactions contrastées de la part des parlementaires³⁵. L'action de ces associations témoigne d'un intérêt de la société civile pour les assemblées parlementaires – c'est un point positif – mais qui n'est pas dénué d'ambivalence. Les risques de la quantification de l'activité parlementaire qui écrase la nuance sont patents, surtout au regard de l'usage que la sphère médiatique en fait aux travers de classements et de tableaux d'honneur infantilissants.

Ces initiatives s'inscrivent dans un cadre qui dépasse celui de notre pays. On peut évoquer *Opening Parliaments*, forum international constitué en vue de promouvoir la connexion entre les organisations civiques engagées dans le contrôle et l'ouverture des parlements. Ces OOP (organisations d'observation des parlements), parmi lesquelles on trouve le *National democratic Institute*³⁶, *think tank* très puissant, proche du Parti démocrate américain, ont pour but de permettre l'accès des citoyens aux informations parlementaires, mais plus encore, l'amélioration de leur capacité à participer au processus délibératif et, *in fine*, à développer la responsabilité parlementaire. L'idée est de constituer une base de dialogue entre les citoyens et le parlement, dans un cadre participatif. L'action de ces mouvements associatifs influents outre-Atlantique porte en particulier sur la transparence des parlements prise au sens large, comme le montre la déclaration « pour l'ouverture et

33 http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/rapport_sni_transparence_international_france.pdf. Voir aussi les actes du colloque organisé à l'Assemblée nationale – ce qui est un signe ? – le 25 octobre 2012 : *Moralisation de la vie publique : quelle contribution peut apporter le Parlement ?*, Transparency International France, http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/actes_du_colloque_2012_web.pdf

34 Le GEVIPAR (Groupes d'études sur la vie et les institutions parlementaires de Sciences Po) a organisé le 7 mars 2011 un séminaire intitulé « Questions de méthode : la quantification des activités parlementaires » dont on peut retrouver la présentation sur le site du groupe d'études : <http://blogs.sciences-po.fr/recherche-parlement/>. *Regards Citoyens* a participé ainsi au colloque de Transparency International France précité avec une contribution intitulée : « Comment faire du parlement une maison de verre », *Moralisation de la vie publique : quelle contribution peut apporter le Parlement ?*, op. cit., p. 48-50.

35 Voir les réactions de M. Alain Vidalies, ministre des Relations avec le parlement, en août 2012 : « Le ministre dénonce les effets pervers du site nosdéputés.fr », *le Figaro*, 30 août 2012.

36 Madeleine Albright, ancienne Secrétaire d'État de Bill Clinton, préside cet institut.

le renforcement de la transparence parlementaire » rendue publique par *Opening Parliaments* en 2012 et qui recueillait le soutien de 76 organisations provenant de 53 pays³⁷. En lien avec cette initiative, la conférence internationale sur le E-Parlement (*World E-Parliament conference*) qui s'est tenue à Rome en septembre 2012 a publié une déclaration – « L'information parlementaire appartient au public » – mettant en avant l'accès aux comptes rendus des séances, la transparence financière, la publication des votes personnels et celle des délégations de vote.

Ces initiatives sont relayées aussi en France. Lors de la conférence des 6 et 7 juillet 2012 *Open legislative Data – Regards Citoyens – Centre d'études européennes de Sciences Po*, l'idée a été mise en avant de rendre l'information parlementaire transparente avec des « publications proactives » : une information sur les travaux parlementaires ; sur sa gestion et son administration, en particulier son budget ; sur le passé professionnel, les activités et le patrimoine des parlementaires. L'objectif est de permettre « *aux citoyens de se forger une opinion éclairée sur leur intégrité, leur probité et les conflits d'intérêts potentiels* ». Pour atteindre ce but, il est proposé notamment de faire des informations parlementaires un bien public. Cela passe par l'utilisation d'un langage clair et simple, par la garantie de l'exploitabilité technique des données parlementaires en permettant le téléchargement des données aux fins de réutilisation.

Cette nuée d'associations, d'ONG, de mouvements plus ou moins structurés, d'organisations internationales, multiplie les chartes, déclarations, codes de bonne conduite... autant d'éléments épars qui sont en train d'atteindre une masse critique et forment un ensemble cohérent qui fait sens en constituant un standard de référence quand il s'agit de juger du niveau de transparence d'une assemblée parlementaire. Celle qui s'éloignerait de cette norme de référence, quel qu'en soit le motif (circonstanciel, culturel, institutionnel), prend le risque d'être montrée du doigt en particulier sous la pression des médias friands de comparaisons brutes et rapides et, là encore, de classements peu significatifs.

On le voit, la notion de transparence parlementaire va désormais bien au-delà de la simple publicité de ses travaux. Elle touche autant l'institution et ses organes pris dans leur ensemble que les parlementaires eux-mêmes qui devraient être placés sous le regard de *watch dogs*, de chiens de garde démocratiques. Cet activisme « citoyen » lance des défis multiples aux institutions parlementaires.

Pour ce qui est du travail parlementaire *stricto sensu*, l'objectif est d'approfondir le principe traditionnel de publicité, par exemple dans les commissions ou pour les méthodes de vote ou l'accès aux données avec l'*open data*, à savoir

³⁷ OpeningParliament.org.

des informations publiques brutes pouvant être réutilisées gratuitement³⁸. Pour ce qui concerne le comportement des parlementaires, les interrogations portent sur les indemnités et leur utilisation ; les conflits d'intérêts ; le rôle des lobbies ; la présence et son revers l'absentéisme ; l'usage de la réserve parlementaire ; et, tout dernièrement, sur leur patrimoine... Concernant les parlementaires eux-mêmes, on voit monter le thème d'une transparence totale de leur vie (et de celle de leurs proches) avec l'effacement de la distinction, classique dans notre société politique, de la personne publique et de la personne privée. La frontière entre contrôle démocratique et voyeurisme populiste demeure délicate à tracer.

Livrées brutes, sans hiérarchisation, ces demandes tous azimuts de transparence peuvent donner le sentiment que le parlement serait une forteresse assiégée. Toutefois, cela ne correspond nullement à la réalité.

Depuis plusieurs années, à un rythme s'accéléralant sans cesse, les assemblées ont largement répondu à cette pression sociale et médiatique qui, en cela, a été efficace. On a évoqué l'ouverture des travaux des commissions à la presse et leur diffusion sur internet ; il faudrait rappeler aussi la mise à disposition de données considérables sur les sites des assemblées, véritables mines d'information et de statistiques. Ainsi, le Bureau de l'Assemblée nationale a aussi décidé de rendre publiques les informations relatives à la réserve parlementaire³⁹, les parlementaires étant d'ailleurs de plus en plus nombreux à dévoiler, dès aujourd'hui, la liste des projets ou des associations bénéficiant de cette dotation budgétaire qui leur est dévolue. Des actions ont également été menées pour rendre plus transparente l'action des lobbies comme en témoignent les propositions faites au Bureau de l'Assemblée nationale par son vice-président, M. Christophe Sirugue, qui ont été saluées par Transparency International France⁴⁰. Il faudrait aussi évoquer la publication des déclarations d'intérêts des sénateurs ou celle des voyages que ceux-ci peuvent effectuer sur invitation de tiers ou la décision prise en 2012, à l'initiative de l'Assemblée nationale, consistant à rendre publiques les décisions de rattachement des parlementaires aux formations politiques qui pourront ainsi bénéficier du financement public destinés aux partis et ce, alors même que la loi ne l'impose pas. Le comportement des parlementaires évolue comme le montre le fait de mentionner pendant un débat leurs intérêts à intervenir sur

38 Voir le séminaire du GEVIPAR tenu le 2 Avril 2012 : « L'e-Parlement et les internautes » avec la contribution de Stéphanie WOJCIK, « Prendre au sérieux la démocratie électronique. De quelques enjeux et controverses sur la participation politique en ligne », parue également dans Elsa FOREY et Christophe GESLOT (dir.), *La démocratie électronique*, L'Harmattan, coll. « Questions contemporaines », 2011, p. 111-140.

39 Plan transparence et modernisation, communiqué de presse du président de l'Assemblée nationale, (<http://presidence.assemblee-nationale.fr/communiqués-de-presse/plan-transparence-et-modernisation>).

40 Rapport fait au Bureau le 27 février 2013, http://www.assemblee-nationale.fr/representants-interets/rapport_bureau_2013.pdf.

le sujet en discussion parce qu'ils exercent ou ont exercé certaines fonctions hors du parlement en lien avec l'objet du texte soumis à l'Assemblée⁴¹.

Mais les assemblées demeurent confrontées à la théâtralisation simplificatrice d'une question pourtant éminemment complexe : d'un côté, le milieu politique présenté comme engoncé dans des pratiques opaques, voire obscures, pour mieux se protéger ; de l'autre la société civile, pure, dénuée d'intérêts propres, œuvrant pour la seule démocratie. Le combat est inégal vis-à-vis d'une opinion toujours travaillée par un vieux fonds d'antiparlementarisme, surtout lorsqu'il est alimenté, comme récemment, par des comportements non éthiques, isolés, que la presse met naturellement en lumière mais avec une puissance simplificatrice et généralisatrice redoutable. Dans ce décor, comment saisir alors les contraintes propres aux assemblées parlementaires, contraintes qui parfois interdisent une transparence absolue ?

III. COMPRENDRE LES CONTRAINTES PROPRES AU PARLEMENT

L'application stricte du principe de transparence, qui consisterait à rendre publics tous les actes, tous les documents et même tous les comportements parlementaires, bute parfois sur des contraintes propres aux assemblées traduisant soit la nécessité de préserver leur indépendance au nom de la séparation des pouvoirs, soit celle de protéger des secrets relevant souvent de l'intérêt supérieur de la nation.

La séparation des pouvoirs doit trouver des traductions concrètes dans le fonctionnement des institutions. L'une d'entre elles est l'autonomie des assemblées dans leur organisation et leur fonctionnement, reconnue par le Conseil constitutionnel⁴². Cette autonomie peut parfois conduire les assemblées à ne pas faire droit aux demandes de publications de certains documents selon les procédures de droit commun applicables aux services de l'État ; les chambres ne constituant pas des administrations comme les autres. Ainsi, les documents des assemblées parlementaires ne relèvent pas de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs⁴³. La communication des actes et documents produits ou reçus par les assemblées

41 Lors de l'examen en séance de la proposition de loi portant réforme de la biologie médicale, le 25 mars 2013, plusieurs parlementaires firent état de leur expérience professionnelle en lien avec le texte en discussion et ce, à l'invitation de la déontologue de l'Assemblée nationale : *JO, Débats, Assemblée nationale*, séance du 25 mars 2013, p. 3249 et 3251).

42 Voir le commentaire publié par le Conseil constitutionnel sur sa décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat.

43 <http://www.cada.fr/les-actes-des-assemblees-parlementaires,6097.html>.

parlementaires est régie par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) n'est pas compétente pour interpréter. Il en va de même lorsque ces documents sont versés aux archives des assemblées⁴⁴. Seuls les organes des chambres, au premier rang desquels figure le Bureau, apprécient les conditions de publicité des actes parlementaires.

Le fait que les assemblées maîtrisent la publicité de leurs actes et documents a des conséquences très concrètes. On ne mentionnera ici que la controverse qui est née lorsqu'un juge d'instruction a demandé en 2010 à disposer des comptes rendus qui auraient été établis lors de l'audition de certaines personnalités à l'occasion des travaux de la mission d'information sur les circonstances entourant l'attentat du 8 mai 2002 à Karachi. Prenant en compte le fait que les personnes entendues par la mission l'avaient été sur le fondement du secret de leur audition et au nom, en quelque sorte, de la parole donnée, le Bureau de l'Assemblée nationale avait refusé cette communication sur le fondement incontestable du principe de séparation des pouvoirs, alors que l'avocat des victimes de l'attentat accusait l'Assemblée d'entraver le cours de la justice⁴⁵. Un député membre de la mission avait passé outre la décision du Bureau et transmis certains documents au juge⁴⁶.

Au-delà de l'appréciation que l'Assemblée porte sur la nécessité de communiquer certains documents, elle peut être tenue au nom d'intérêts supérieurs à rompre avec le principe de transparence. L'institution est parfois gardienne de secrets.

Le cas du secret de la défense nationale est d'évidence. Il est naturel que certaines informations utiles aux parlementaires pour se forger leur jugement et contrôler ainsi l'action du gouvernement conformément à l'article 24 de la Constitution ne soient pas divulguées au-delà du cercle restreint des députés et sénateurs.

Commune à l'Assemblée nationale et au Sénat, la délégation parlementaire au renseignement, créée par la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007, suit l'activité générale et les moyens des services de renseignement, et, voit ses travaux couverts par le secret de la défense nationale. Chaque année, elle établit néanmoins un rapport public dressant le bilan de ses activités et peut adresser des recommandations et des observations au Président de la République et au Premier ministre. La capacité ainsi démontrée des parlementaires à disposer d'informations secrètes tout en exerçant leur mission

⁴⁴ Article 7 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 précitée : « *Chaque assemblée parlementaire est propriétaire de ses archives et responsable de leur conservation et de leur mise en valeur. Elle détermine les conditions dans lesquelles ses archives sont collectées, conservées, classées et communiquées.* »

⁴⁵ *L'Express.fr*, 10 novembre 2010.

⁴⁶ *LeMonde.fr*, 1^{er} décembre 2010.

constitutionnelle de contrôle est ainsi largement démontrée. En ce domaine, il faudrait aussi citer le rapport d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement publié par MM. Jean-Jacques Urvoas et Patrice Verchère le 14 mai 2013 qui, dans un avant-propos méthodologique important, constate que « *certaines parlementaires ont pu et peuvent encore bénéficier d'informations classifiées sans qu'il n'en découle pour autant de fuites dans les gazettes* »⁴⁷. Le rapport constitue d'ailleurs un exercice pratique tout à fait inédit puisque certains de ses passages ont été soustraits à la connaissance du public lorsqu'ils portaient sur des éléments devant être tenus secrets afin de protéger les services de renseignement « *de la curiosité de nos rivaux comme de nos partenaires internationaux* »⁴⁸.

La législation assurant la préservation du secret professionnel et du secret de la défense nationale interdit à toute personne qui en est dépositaire de révéler de tels secrets, même à l'occasion de son audition par une commission parlementaire. L'article 413-10 du Code pénal qui interdit la divulgation de secrets relevant de la défense nationale ne comporte d'ailleurs pas d'exception pour les parlementaires. Aucun texte propre aux assemblées parlementaires ne prévoit d'exonérer les députés et les sénateurs du respect de ce secret.

L'expérience prouve que les parlementaires qui doivent contrôler des actions de l'État relevant de ces domaines sensibles font preuve de responsabilité et trouvent souvent le moyen de disposer des informations qui leur sont nécessaires en dialoguant avec le pouvoir exécutif.

On peut citer un précédent où une mission d'information a eu connaissance de documents classifiés et où elle a pu en donner connaissance au public après une procédure de déclassification. La mission d'information commune à la Commission de la Défense et à la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994 a publié en annexe de son rapport, en décembre 1998, plusieurs centaines de documents de cette nature⁴⁹. De même, dans la revue *Pouvoirs*, Guy Carcassonne dévoilait que, lors de la première Guerre du Golfe, des parlementaires avaient été tenus informés d'éléments confidentiels sur les opérations en cours et avaient parfaitement respecté le caractère secret de ces informations⁵⁰.

⁴⁷ Jean-Jacques URVOAS et Patrice VERCHÈRE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement*, Assemblée nationale, 14 mai 2013.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁹ Cité par Marc Guillaume dans son article qui fait un point complet de ces questions : Marc GUILLAUME, « Parlement et secret(s) », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 78-79. Pierre BRANA et Bernard CAZENEUVE, *Rapport de la mission d'information sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994*, n° 1271, 15 décembre 1998.

⁵⁰ Guy Carcassonne était alors conseiller du Premier ministre, Michel Rocard. Débat entre Guy CARCASSONNE, Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY, *Pouvoirs*, n° 58, 1991, p. 75 et s.

Au terme de ce panorama trop rapide, nous souhaiterions avoir montré que le parlement ne mérite pas le procès permanent qui lui est fait. Il est ouvert sur la société et évolue en fonction d'elle. Il doit cependant préserver aussi ses modalités de fonctionnement qui le distinguent d'une sorte de forum citoyen permanent. Le parlement n'est ni un blog ni une expérience de télé-réalité ; c'est une institution qui doit assurer ses fonctions constitutionnelles ; c'est aussi une communauté d'élus qui doivent rendre compte à la population de leurs actions sans toutefois être soumis à un harcèlement qui conduirait à un mandat impératif prohibé par notre tradition républicaine et notre Constitution. La transparence parlementaire, sujet éminemment sérieux qui renvoie à des questions démocratiques principielles, doit être abordée, pour reprendre les termes du président Bartolone, sans tabou et sans hystérie.

Surtout, il ne faudrait pas oublier que le parlement est un formidable vecteur de transparence et de dévoilement. Par les auditions, les missions d'information, les commissions d'enquête, les débats en séance, les questions écrites ou orales, les assemblées mettent en lumière, en toute transparence, les enjeux qui traversent notre société et les exposent, dans une mise en ordre rationnelle, aux citoyens. C'est l'une des fonctions les plus essentielles et les plus anciennes de l'institution parlementaire. Dans cette atmosphère de suspicion permanente qui entoure les élus, il serait bon de s'en souvenir et de mettre cela au crédit des parlementaires.

L'accès aux documents de l'exécutif en France

Olivia BUI-XUAN

291

Les acteurs de l'exécutif – c'est-à-dire le Président de la République, le Premier ministre et les ministres – sont autant des personnages politiques que des autorités administratives. Or, pendant longtemps, en France, une tradition du secret¹ a prévalu tant dans la sphère politique que dans la sphère administrative. La logique bureaucratique, particulièrement pesante, créait une distance entre administration et administrés et, par ricochet, entre gouvernants et gouvernés.

Toutefois, dans les années 1970, la thématique de la transparence s'est progressivement imposée. Par trois lois adoptées à quelques mois d'intervalle, le législateur français a consacré un droit à l'information : la loi du 6 janvier 1978² a posé le principe d'accès aux fichiers informatisés, la loi du 17 juillet 1978³ a

- 1 Jean-Claude BOULARD, « Rapport sur le secret et l'administration française » in *Le secret et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 1976, p. 659 et s. ; Georges MORANGE, « Le secret en droit public français », *D.* 1978, chron., p. 1 et s. ; Jacques RIBS, « L'information des citoyens et le secret administratif », *Gaz. Pal.*, 1973, p. 408 et s. ; Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, PUF, 1987 ; Jean LAVEISSIÈRE, « Le pouvoir, ses archives et ses secrets », *D.* 1984, chron., p. 63 et s. ; Yves JEGOUZO « Le droit à la transparence administrative », *EDCE*, n° 43, 1991, p. 199 ; *La transparence et le secret*, Rapport public 1995 du Conseil d'État, *EDCE*, n° 47, 1996 ; *Transparence et secret, Pouvoirs*, n° 97, 2001 ; IFSA / CADA, *Transparence et secret*, Actes du colloque pour le XXV^e anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, Paris, La Documentation française, 2004.
- 2 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 3 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

reconnu un droit d'accès aux documents administratifs et la loi du 11 juillet 1979⁴ a consacré le principe de motivation de certains actes administratifs. Il fallait faire de la transparence le principe et du secret l'exception.

Ce désir de transparence a trouvé un second souffle dans les politiques de Réforme de l'État, lesquelles comprenaient un volet consistant à rendre accessibles un nombre croissant de décisions prises par l'exécutif. À partir de la fin des années 1990, une des priorités de la Réforme de l'État a ainsi consisté à mieux informer les citoyens, notamment grâce au développement d'Internet⁵. C'est à cette époque que sont apparus des sites consacrés au Premier ministre et à chaque ministère ; la création du site *legifrance* a par ailleurs permis de consulter en ligne les décrets et arrêtés ministériels. Si les citoyens sont aujourd'hui habitués à obtenir immédiatement ces documents de l'exécutif, il convient de rappeler que cette accessibilité est très récente, l'époque où l'on devait se rendre en bibliothèque pour consulter le *Journal officiel* n'étant pas si lointaine.

Au premier abord, les documents de l'exécutif n'ont donc jamais été aussi accessibles. Une des questions consiste alors à se demander si la transparence, dont les mérites sont inlassablement loués, vaut pour l'ensemble des documents des autorités de l'exécutif. Leur « double casquette » d'autorités politiques et administratives ne leur permet-elle pas d'échapper, en partie au moins, à ce principe ?

De fait, s'agissant du droit d'accès aux documents administratifs, la loi du 17 juillet 1978 a toujours prévu des exceptions, communément appelées « secrets opposables » : alors que certains de ces secrets visent à préserver des intérêts privés (comme le secret de la vie privée ou le secret médical), d'autres sont censés sauvegarder des intérêts publics. Or, la reconnaissance par le législateur d'un droit d'opposition à la communication de documents en vue de préserver des intérêts publics peut être interprétée comme une reconnaissance légale de « secrets d'État », catégorie de laquelle semblent relever un certain nombre de documents de l'exécutif.

Pour mieux les saisir, on se propose, dans un premier temps, d'identifier les documents de l'exécutif auxquels les citoyens ne peuvent avoir accès (I) et qui sont présentés comme des exceptions au principe de transparence tant administrative que politique. On montrera ensuite que des réformes récentes ont permis d'assouplir sensiblement ces secrets, de telle sorte qu'aujourd'hui l'accès à certains documents de l'exécutif se trouve facilité (II).

⁴ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

⁵ Voir sur cette question Pascal PETITCOLLOT, « La mémoire du travail gouvernemental », *RFAP*, 2002, p. 285 et s.

I. UN ACCÈS RESTREINT AUX DOCUMENTS DE L'EXÉCUTIF

L'article 6 I 2° de la loi du 17 juillet 1978⁶ établit la liste des documents dont la communication risquerait de mettre en péril des intérêts publics et dont l'administration doit refuser la communication. Ne sont pas communicables les documents administratifs

dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- *au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;*
- *au secret de la défense nationale ;*
- *à la conduite de la politique extérieure de la France ;*
- *à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;*
- *à la monnaie et au crédit public ;*
- *au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures [...] ;*
- *à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ;*
- *ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du Code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi.*

D'autres autorités que celles de l'exécutif sont susceptibles d'être concernées par ces secrets instaurés dans le but de préserver des intérêts publics. Mais un certain nombre d'entre eux concernent spécifiquement les autorités de l'exécutif et visent à préserver les intérêts supérieurs de l'État. Tel est particulièrement le cas du secret des délibérations du gouvernement (A), du secret-défense (B) et du secret diplomatique (C).

A. Les secrets des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) distingue les délibérations du gouvernement des délibérations des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif. Alors que les délibérations du gouvernement recouvrent « *les activités des formations collégiales telles que le Conseil des ministres, les conseils et comités interministériels, et celles des décisions prises par le Premier ministre et les ministres* », la CADA convient que la référence aux

⁶ Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises, dernièrement par l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives et par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

autorités responsables relevant du pouvoir exécutif « *reste plus imprécise* » et « *laisse place à une certaine marge d'incertitude* »⁷.

Afin de bien délimiter le champ du secret des délibérations, la CADA combine trois critères : la qualité de l'organe délibérant, le contenu et l'objet du document et l'étendue du pouvoir décisionnel. Dans la majorité des cas, sont couverts par ce secret les documents se rattachant directement aux décisions politiques du gouvernement. C'est donc bien le caractère politique de la décision qui justifie sa non-communicabilité, même si la frontière entre caractère politique et caractère strictement administratif d'un document est parfois difficile à tracer. C'est ainsi que la CADA a estimé qu'étaient couverts par le secret des délibérations non seulement les documents retraçant des courriers échangés entre des ministres ou entre des membres de cabinets et les principaux responsables du ministère⁸, mais aussi le dossier ayant conduit le Conseil des ministres à prononcer la dissolution d'un conseil municipal⁹. Il est ici permis de se demander en quoi des intérêts publics dispensent les autorités de l'exécutif de communiquer les éléments motivant une telle décision.

En ce qui concerne la qualité de l'organe délibérant, on peut noter que si la CADA a estimé qu'étaient couverts par le secret des délibérations du gouvernement les procès-verbaux des conseils et comités de défense et du comité interministériel d'aménagement du territoire¹⁰, elle a indiqué que ni l'Autorité des marchés financiers, ni le Conseil de la concurrence ne constituaient des organes collégiaux participant aux délibérations du gouvernement¹¹ et que, par suite, leurs documents étaient communicables.

S'agissant du contenu des documents couverts par le secret des délibérations du gouvernement, la CADA précise qu'il s'agit des « *documents destinés à nourrir les réflexions des autorités gouvernementales avant que celles-ci n'arrêtent leur décision* ». On rejoint ici indirectement l'absence d'obligation de communication des documents préparatoires, lesquels ne sont pas intégrés dans le champ d'application de la loi de 1978. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé dans un arrêt de 1987 *Pokorny* qu'un rapport sur les primes des fonctionnaires était couvert par ce secret¹². Il semblerait néanmoins que les choses aient, en la matière, un peu évolué, la plupart des rapports destinés à « *nourrir les réflexions des autorités gouvernementales* » étant aujourd'hui largement diffusés.

⁷ Site Internet de la CADA : www.cada.fr

⁸ CADA avis n° 19941734 du 21 juillet 1994.

⁹ CADA, avis n° 20051549 du 26 mai 2005, consultable sur le site Internet de la CADA : www.cada.fr

¹⁰ CADA, avis n° 19941903 du 22 septembre 1994.

¹¹ CADA, avis n° 20080872 du 21 février 2008.

¹² CE, 2 décembre 1987, *Pokorny*, Lebon, p. 392.

Enfin, selon la CADA, plus le pouvoir discrétionnaire est important, plus les documents sont couverts par ce secret. Tel est le cas des dossiers d'attribution de décorations¹³. Toutefois, dans un avis de 2004, la CADA a admis le caractère communicable d'un dossier relatif à une nomination à un poste de conseiller du commerce extérieur de la France, estimant que la circonstance que la décision de nomination avait été prise par décret de façon purement discrétionnaire après avis d'une commission interministérielle ne suffisait pas à caractériser un risque d'atteinte au secret des délibérations du gouvernement¹⁴.

Au final, on constate qu'en matière de secret des délibérations du gouvernement, la CADA retient une approche casuistique : dès que le dossier n'a qu'un caractère strictement technique – et non politique – elle accepte de le communiquer. C'est ainsi que des observations du ministère de l'Écologie sur un projet d'autoroute¹⁵ ou une note interne au ministère de la Justice¹⁶ ont été jugés communicables.

Mais la question de l'accès aux documents de l'exécutif ne se restreint pas au secret des délibérations du gouvernement. Elle concerne également le secret de la défense nationale et les secrets protégeant la sûreté de l'État et la sécurité publique.

B. Secret-défense et secret protégeant la sécurité publique

Parmi les différents secrets opposables, le secret de la défense nationale occupe une place particulière, dans la mesure où il a fait l'objet d'une définition législative¹⁷. Aujourd'hui, en vertu de l'article 413-9 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 29 juillet 2009¹⁸, « *présentent un caractère de secret de la défense nationale [...] les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès. Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées*

13 CADA, avis n° 20000168 du 6 janvier 2000 ; avis n° 20074232 du 8 novembre 2007.

14 CADA, avis n° 20041766 du 27 mai 2004.

15 Voir CE, 6 avril 2001, *Ministre de l'Équipement c. Association Manche*.

16 Avis n° 20004253 du 23 novembre 2000.

17 V. notamment Bertrand WARUSFEL, « Le secret de défense entre les exigences de l'État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, mars 2001, n° 199 ; Bertrand WARUSFEL, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », *Revue générale nucléaire*, janvier-février 2003, p. 63 ; Marc GUILLAUME, « Secrets régaliens : le cas du secret-défense », *IFSA / CADA, Transparence et secret, op. cit.*, p. 205 et s.

18 Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, *JO*, 31 juillet 2009, p. 12713.

ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale ». Les documents de l'exécutif – et notamment ceux du ministère de la Défense – sont bien évidemment susceptibles d'être protégés par ce secret.

Si la loi du 29 juillet 2009 est allée dans le sens d'un renforcement de ce secret, la Commission consultative du secret de la défense nationale, créée par la loi du 8 juillet 1998, a été maintenue : cette autorité administrative indépendante peut être saisie à la suite d'une demande de déclassification d'un secret défense formulée par une juridiction ; le cas échéant, elle doit rendre un avis « favorable, défavorable ou partiellement favorable à la déclassification ». Le décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale a par ailleurs déterminé trois niveaux de classification (le très Secret-Défense, le Secret-Défense et le Confidentiel-Défense¹⁹), supprimant par là même la mention « diffusion restreinte » qui avait été source d'abus de classification.

Le secret de la défense nationale pourrait néanmoins être davantage balisé, comme l'a indiqué la décision du Conseil constitutionnel du 10 novembre 2011²⁰, par laquelle, saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité déposée par les familles des victimes de l'attentat de Karachi, les neuf sages ont en partie censuré la loi du 29 juillet 2009 car elle empêchait les juges de perquisitionner, sans accord de l'exécutif, dans certains lieux sensibles du pouvoir, comme les locaux des services de renseignement, l'Élysée ou Matignon. Mais si, dans cette décision, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions portant sur le secret de la défense nationale relatives aux lieux classifiés au titre de ce secret, il a en revanche jugé conformes à la Constitution les dispositions qui fixent les règles relatives aux informations classifiées au titre du secret de la défense nationale. C'est donc toujours le pouvoir exécutif qui reste maître de la décision de lever le secret de la défense nationale lorsqu'un juge le demande. À la suite de la décision du Conseil constitutionnel, une nouvelle instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale a été publiée au *Journal officiel* du 2 décembre 2011.

Si le secret protégeant la sûreté de l'État et la sécurité publique ne concerne pas toujours les autorités de l'exécutif, il peut lui aussi justifier la non-communicabilité de leurs documents. En la matière, la CADA estime qu'un document est couvert par ce secret lorsque sa divulgation

¹⁹ Ces classifications subsistent à l'article R. 2311-2 du Code de la défense, à la suite du décret n° 2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale.

²⁰ CC, DC n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres*, AJDA, 2011, 2206 ; D. 2011, 2721, édito Frédéric ROME ; JCP G, 2012, p. 309-313, Agathe LEPAGE ; *Droit pénal*, n° 12, 2011, p. 36-37, Marion HAAS et Albert MARON.

porte directement atteinte à la sécurité publique, notamment en mettant en danger des personnes physiques. Concrètement, elle affirme que ne doivent pas être communiqués les documents décrivant précisément des lieux sensibles, comme par exemple certains documents relatifs aux installations nucléaires²¹ ; elle considère également que certaines décisions de l'administration intervenant en matière de sécurité sont couvertes par ces secrets. Il en va ainsi par exemple du télégramme relatif aux Algériens menacés, adressé par le ministre de l'Intérieur aux préfets²² ou de la liste des terrains susceptibles d'accueillir des manifestations telles que des rave-parties, recensés à la demande du ministère de l'Intérieur²³.

L'accès aux documents de l'exécutif peut également être refusé en raison du secret diplomatique.

C. Le secret diplomatique

Là encore, la CADA a tenté de circonscrire ce secret : elle considère que ne sont couverts par le secret diplomatique que les documents ayant directement trait aux relations extérieures, comme les documents définissant la politique de la France à l'égard des ressortissants étrangers²⁴. C'est ainsi qu'elle a estimé qu'un télégramme diplomatique, même ayant fait l'objet d'une « *diffusion restreinte* » n'échappe pas, pour ce seul motif, au droit d'accès²⁵.

En revanche sont couverts par le secret diplomatique les documents ayant servi de base à des négociations internationales, retraçant de telles négociations ou laissant deviner la position de la France²⁶, ou encore des documents analysant une situation internationale ou le comportement d'un État ou d'une organisation internationale, comme les documents relatifs au rejet d'une demande de naturalisation²⁷. Tel est le cas également des documents traduisant la politique extérieure de la France, comme par exemple une instruction générale sur les visas²⁸.

Enfin, certains documents à caractère politique se trouvent à la frontière du secret des délibérations du gouvernement et du secret diplomatique.

21 CADA, avis n° 20072409 du 26 juillet 2007.

22 CADA, avis n° 1991482 du 6 juillet 1995.

23 CADA, avis n° 20061910 du 27 avril 2006.

24 CADA, avis n° 19982490 du 10 septembre 1998. C'est également le cas des documents émanant d'autorités étrangères (CADA, avis n° 19971796 du 29 mai 1997) et des documents analysant la situation internationale (CADA, avis n° 19970059 du 2 janvier 1997).

25 CADA, avis n° 20080843 du 21 février 2008.

26 Avis n° 20072905 du 26 juillet 2007.

27 CADA, avis n° 20024391 du 23 janvier 2003.

28 CE, 17 février 1997, *ANAFE*.

C'est ainsi que la CADA a émis un avis défavorable à la demande de communication de documents relatifs à la politique de la France en Irak de 1981 à 1983²⁹ ou de documents issus des archives présidentielles de François Mitterrand et relatifs aux relations avec le Niger³⁰.

Différents types de secrets justifient donc le refus de communiquer les documents de l'exécutif. Si de nombreux d'entre eux échappent ainsi à la transparence, l'accès à certains documents de l'exécutif a récemment été facilité.

II. UN ACCÈS TIMIDEMENT FACILITÉ

La communication des documents de l'exécutif a été rendue un peu plus aisée à travers différentes réformes et décisions de justice : on pense notamment à la réforme du droit des archives (A) et aux décisions de juge administratif soumettant des documents de l'Élysée à la loi du 17 juillet 1978 (B). Tout se passe donc comme si, depuis quelques années, on assistait à une désacralisation de certains documents de l'exécutif.

A. La réduction des délais de consultation des archives

La loi du 15 juillet 2008 relative aux archives³¹ a permis de mieux circonscrire les secrets dans le temps. Le dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 dispose désormais que « *Les documents administratifs non communicables au sens du présent chapitre deviennent consultables au terme des délais et dans les conditions fixés par les articles L. 213-1 et L. 213-2 du Code du patrimoine* ». Outre le fait d'avoir introduit le principe de libre communicabilité des archives publiques³², la réforme relative aux archives a réduit les délais aux termes desquels les secrets pouvaient être levés.

C'est ainsi qu'avant la loi de 2008, conformément à la loi du 3 janvier 1979 sur les archives, les documents d'archives publiques couverts par un secret devenaient en principe communicables après un délai de trente ans³³ ;

29 CADA, avis n° 20044253 du 21 octobre 2004 et n° 20044821 du 2 décembre 2004.

30 CADA, avis n° 20071417 du 5 avril 2007.

31 Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, *JO*, 16 juillet 2008, p. 11 322. Voir Pascale GONOD, « La réforme des archives : une occasion manquée », *AJDA*, 2008, p. 1597 et s.

32 Nouvel article L. 213-1 du Code du patrimoine.

33 Ancien article L. 213-1 du Code du patrimoine.

des délais plus importants – de 60 à 150 ans – étaient par ailleurs prévus dans certains cas précis, notamment s'agissant des documents comportant des renseignements individuels³⁴.

Ces délais étaient considérés comme trop longs ; de nombreux avis de la CADA montraient qu'ils étaient notamment handicapants pour les chercheurs, particulièrement les historiens³⁵. C'est la raison pour laquelle il a été nécessaire de les réformer. La loi du 15 juillet 2008 a simplifié et réduit les délais de communicabilité relatifs aux secrets protégés par la loi, s'inspirant en cela du rapport Braibant³⁶.

La question administrative des délais de communication de documents est d'autant plus essentielle qu'elle est sous-tendue par d'importants enjeux au regard de la transparence politique : le fait de pouvoir accéder, en totalité ou en partie, aux archives de l'exécutif³⁷ permet en effet aux historiens de révéler des faits, occultés dans le discours relatant l'Histoire officielle.

Suite à la réforme de 2008, quatre délais (25, 50, 75 et 100 ans) sont désormais prévus. Peuvent notamment être communiqués au terme d'un délai de 25 ans³⁸, contre 30 ans auparavant, les documents dont la communication porte atteinte au secret des délibérations du gouvernement et à la conduite des relations internationales. Les documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure, à la sûreté de l'État et à la sécurité publique peuvent, quant à eux, être communiqués au terme d'un délai de 50 ans, contre 60 ans avant la loi de 2008. La plupart des délais ont donc été sensiblement réduits.

Cette réduction des délais susceptibles de lever les secrets aurait pu être, dans certains cas, plus importante. On aurait, par exemple, pu prévoir un délai de communication plus court pour les archives comportant des informations relatives aux délibérations du gouvernement³⁹ ou à la conduite des relations internationales ne portant pas atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État. Certaines dispositions de la loi de 2008 ont par ailleurs fait l'objet

34 Ancien article L. 213-2 du Code du patrimoine.

35 Voir par exemple CADA, avis n° 20044253-LV du 21 octobre 2004, CADA, *Rapport d'activité de l'année 2004*, p. 35 ; CADA, n° 20050939-LV du 31 mars 2005, CADA, *Rapport d'activité de l'année 2005*, p. 160.

36 Voir Guy BRAIBANT, *Les archives en France*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996, notamment p. 124.

37 Sur cette question, voir Amanda DEZALLAI, « Les archives du pouvoir exécutif français : illustrations d'exceptions à de grands principes du droit public », *RDP*, 2011, p. 155 et s.

38 Nouvel article L. 213-1 du Code du patrimoine.

39 Pour Amanda Dezallai, le délai de 25 ans « se justifie par la volonté de laisser le Gouvernement accomplir discrétionnairement son programme sans que l'opposition ni les médias n'aient accès à l'historique de la prise de décision. Les archives ne peuvent donc pas être un moyen de contrôle indirect et a posteriori de son activité. » (« Les archives du pouvoir exécutif français : illustrations d'exceptions à de grands principes du droit public », *op. cit.*, p. 160).

de véritables critiques⁴⁰ : tel est le cas du délai de 100 ans, prévu pour rendre accessibles les « *documents couverts ou ayant été couverts par le secret de la défense nationale dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes nommément désignées ou facilement identifiables* »⁴¹. Tel est surtout le cas de la disposition instaurant la notion d'archives publiques perpétuellement non communicables⁴² : les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue ne pourront ainsi jamais être consultées. Le secret entourant ces documents est, ce faisant, éternellement verrouillé, ce qui pose évidemment un problème au regard de la transparence politique : l'association des usagers du service public des archives nationales (Auspan) a par exemple pointé que la nouvelle loi permettait « *d'interdire l'accès aux documents relatifs aux essais nucléaires français dans le Sahara dans les années 1960* ». À l'instar de nombreux chercheurs, il nous semble que la création de cette catégorie d'archives incommunicables n'était pas souhaitable : n'aurait-on pas pu préférer « *l'adoption de délais même très longs et susceptibles d'être révisés selon la nature des documents, comme le préconisait d'ailleurs le ministère de la défense* »⁴³ ?

On doit toutefois préciser que la consultation des documents couverts par un secret peut, dans certains cas, être autorisée avant l'expiration des délais prévus par le législateur. Si des dérogations existaient déjà avant la réforme de 2008, celle-ci a précisé à l'article L. 213-3 du Code du patrimoine que « *l'autorisation de consultation de documents d'archives publiques avant l'expiration des délais fixés [...] peut être accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger* ». Les intérêts protégés grâce aux secrets doivent donc en quelque sorte être mis en balance avec l'intérêt qui commande la demande de consultation, ce qui peut parfois s'avérer délicat : comment, par exemple, savoir si l'intérêt d'une recherche historique ne porte pas une atteinte excessive au secret des délibérations de l'exécutif ? Comme l'indique Amanda Dezallai, « *les dérogations maintiennent une forme d'opacité autour des archives*

40 Voir par exemple Sonia COMBE, « Le législateur, les archives et les effets de censure », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 6, septembre-décembre 2009, www.histoire-politique.fr ; Agnès DEJOB et Claire BERNARD-DEUST, « La nouvelle loi d'archives face aux réalités de la profession d'archiviste », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, n° 8, mai-août 2009, www.histoire-politique.fr

41 Nouvel article L. 213-2 du Code du patrimoine.

42 II de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine

43 Pascale GONOD, « La réforme des archives : une occasion manquée », *op. cit.*, p. 1603.

du pouvoir exécutif et instaurent une inégalité entre les usagers. Cela est justifié par des intérêts supérieurs protégés par le secret. Mais c'est aussi un moyen pour les administrations centrales de conserver un regard sur la vérité officielle »⁴⁴. Même si les dérogations demandées sont le plus souvent attribuées⁴⁵, les appréciations discrétionnaires sur lesquelles elles reposent restent problématiques au regard de la transparence politique.

Des dispositions réglementaires prévoient, en outre, un régime particulier s'agissant des demandes de dérogation concernant les archives de la défense et celles du ministre des Affaires étrangères. L'article R. 213-11 du Code du patrimoine dispose en effet que « *Toute demande de dérogation aux conditions de communication des archives de la défense est soumise : 1° Au Premier ministre, en ce qui concerne les archives provenant des services qui lui sont rattachés ; 2° Au ministre de la défense, en ce qui concerne les autres archives.* » Il est par ailleurs prévu que l'autorisation de dérogation mentionne la liste des documents qui peuvent être communiqués, l'identité des personnes admises à en prendre connaissance et le lieu où les documents peuvent être consultés et, le cas échéant, doit préciser si la reproduction des documents peut être effectuée. L'article R. 213-13 du Code du patrimoine prévoit un régime identique s'agissant des archives publiques liées aux relations extérieures de la France : dans cette hypothèse, c'est au ministre des Affaires étrangères qu'est soumise la demande de dérogation aux conditions de communication. Les documents de l'exécutif restent donc particulièrement protégés, même si la loi de 2008 a garanti aux personnes demandant la communication d'un document une réponse dans un délai raisonnable : elle précise en effet que « *le temps de réponse à une demande de consultation ne peut excéder deux mois à compter de l'enregistrement de la demande* ».

Enfin, le régime de communication des documents administratifs a également été assoupli grâce à la nouvelle disposition codifiée à l'article L. 213-3 II du Code du patrimoine, en vertu de laquelle « *l'administration des archives peut également, après accord de l'autorité dont émanent les documents, décider l'ouverture anticipée de fonds ou parties de fonds d'archives publiques* ».

Les archives relatives à des documents de l'exécutif font toutefois toujours l'objet d'un régime juridique spécifique : l'article L. 213-4 du Code du patrimoine, extrait de la loi du 15 juillet 2008, prévoit en effet que « *le versement des documents d'archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du gouvernement peut être assorti de la signature entre la partie versante et l'administration des archives d'un protocole relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de*

⁴⁴ Amanda DEZALLAI, « Les archives du pouvoir exécutif français : illustrations d'exceptions à de grands principes du droit public », *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ Dans son article, Pascale Gonod indique que « *de manière générale, 98 % des demandes sont satisfaites* » (« La réforme des archives : une occasion manquée », *op. cit.*, p. 1604).

communication du fonds versé, pendant la durée des délais prévus à l'article L. 213-2 [...] », précisant que « le protocole cesse de plein droit d'avoir effet en cas de décès du signataire et, en tout état de cause, à la date d'expiration des délais prévus à l'article L. 213-2 ». Cette disposition entérine le dispositif des « protocoles de versement » mis en place à partir de la fin des années 1970⁴⁶ pour inciter les membres de l'exécutif à verser l'intégralité de leurs archives publiques lors des changements de gouvernements. Comme l'explique Pascale Gonod, « la signature de protocoles de remise d'archives a [...] permis de concilier, d'un côté l'exigence de conservation et de pérennité des documents, de l'autre celle, revendiquée par les responsables politiques de conserver, pendant une certaine durée, un accès permanent à ces documents et un contrôle sur cet accès, du fait de la confusion possible entre documents privés et documents rattachés à l'activité de l'État et afin d'éviter une exploitation polémique de ces archives »⁴⁷. Il s'agit donc d'une sorte de compromis entre transparence politique, d'une part, et secret, d'autre part.

Si certains estiment la réforme de 2008 encore insuffisante au regard de la transparence, il n'est pas exclu qu'elle comporte déjà des effets pervers : à l'instar de Jean-Marc Sauvé, il est par exemple permis de se demander si « la réduction à 25 ans du délai au terme duquel les archives publiques relatant les délibérations du gouvernement deviennent librement communicables n'ait pas pour effet d'inciter les autorités publiques à limiter la quantité ou la qualité des documents versés aux archives [...] »⁴⁸. On voit là que l'équilibre entre transparence et secret sur lequel doit se fonder le régime de la communication des archives de l'exécutif peut s'avérer délicat.

Si la loi du 15 juillet 2008 a globalement atténué la persistance des secrets de l'exécutif dans le temps, nous allons voir que le juge administratif a également contribué à instaurer davantage de transparence s'agissant des documents de l'Élysée.

⁴⁶ L'article précise en outre que « Les documents d'archives publiques versés antérieurement à la publication de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives demeurent régis par les protocoles alors signés. Toutefois, les clauses de ces protocoles relatives au mandataire désigné par l'autorité signataire cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire. »

⁴⁷ Pascale GONOD, « La réforme des archives : une occasion manquée », *op. cit.*, p. 1599-1600.

⁴⁸ Jean-Marc SAUVÉ, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », exposé d'ouverture au colloque « Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? », tenu à l'Assemblée nationale le 5 juillet 2011, intervention consultable sur le site Internet du Conseil d'État. Amanda Dezallai constate pour sa part que « le risque de destructions frauduleuses d'archives s'est accru avec l'abaissement des délais de protection par la nouvelle loi » (« Les archives du pouvoir exécutif français : illustrations d'exceptions à de grands principes du droit public », *op. cit.*, p. 158).

B. La soumission de l'Élysée à la loi sur l'accès aux documents administratifs

À plusieurs reprises, le juge administratif a considéré que les documents de l'Élysée étaient soumis à la loi du 17 juillet 1978 et étaient par conséquent communicables. C'est ainsi que dans un arrêt du 27 novembre 2000 *Association Comité tous frères*⁴⁹, le Conseil d'État a considéré que des documents comptables de la Présidence de la République entraient dans le champ de la loi du 17 juillet 1978. En l'espèce il s'agissait des pièces comptables relatives aux gerbes florales déposées sur la tombe du Maréchal Pétain à l'occasion de la commémoration du 11 novembre, en application d'une décision du Président de la République.

La question a été renouvelée à la suite de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 créant notamment un article 67 dans la Constitution en vertu duquel « *Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. [...]* ». Il s'agissait alors de répondre à la question suivante : l'immunité renforcée du chef de l'État fait-elle obstacle à la communication des documents administratifs de celui-ci⁵⁰ ? Le tribunal administratif de Paris s'est prononcé dans un jugement du 17 février 2012 *M. Avrillier*⁵¹.

Rappelons brièvement les faits de l'affaire : M. Avrillier, maire adjoint honoraire de Grenoble, a demandé au Secrétaire général de la Présidence de la République la communication d'un certain nombre de documents et factures concernant les sondages et études commandés par l'Élysée entre 2007 et 2009⁵². La demande étant restée sans réponse, le requérant a saisi la CADA, laquelle, dans un avis du 5 novembre 2009, a considéré que les documents contractuels et leurs annexes étaient communicables à condition d'occulter les mentions protégées par le secret industriel et commercial et que les études étaient également communicables sous réserve d'occultation des mentions intimement liées à la prise de décision du Président de

⁴⁹ CE, 27 novembre 2000 *Association Comité tous frères*, req. n° 188431, *AJDA*, 2001, p. 94

⁵⁰ Le juge judiciaire a estimé que l'immunité du chef de l'État faisait obstacle à une enquête sur les sondages de l'Élysée, voir CA Paris, 7 novembre 2011, n° 2011/02333, *D.* 2011, p. 2946, chron. Olivier BEAUD.

⁵¹ TA Paris, 17 février 2012, *M. Avrillier*, req. n° 0920763, *AJDA*, 2012, p. 407.

⁵² La demande portait tant sur les procédures de mise en concurrence des sociétés que sur les contrats, factures, commandes passées par les cabinets d'études pour le compte de la Présidence de la République, que sur les études produites par les prestataires.

la République. Fort de cet avis, M. Avrillier a réitéré sa demande au Secrétaire général de la Présidence de la République, demande qui n'a, pas plus que la première, reçu de réponse. Le requérant a donc demandé au juge administratif d'annuler la décision implicite de rejet du Secrétaire général de la Présidence de la République. Il va sans dire que la solution de cette affaire présente un grand intérêt en termes de transparence politique. La défense soutenait en effet que les dispositions de l'article 67 de la Constitution faisaient obstacle à ce que le Président de la République soit soumis au champ d'application de la communication des documents administratifs et s'opposaient, par conséquent, à la communication des documents demandés par le requérant.

Dans ses conclusions⁵³, le rapporteur public, Nathalie Reuland, indiquait tout d'abord que « *les documents produits ou détenus par les services de la Présidence de la République ne sont pas exclus du champ de la loi du 17 juillet 1978* », se référant notamment à l'arrêt *Association Comité tous frères* précité. Elle a néanmoins constaté que dans l'avis *M. Boineau*⁵⁴ du 19 mars 2009 relatif à une demande de communication des bulletins de paye du chef de l'État, la CADA s'était estimée incompétente au regard de l'article 67 de la Constitution. La commission a précisé sa position dans un avis du 5 novembre 2009⁵⁵, indiquant qu'elle s'était déclarée incompétente car la demande portait sur des documents relatifs à la situation personnelle du chef de l'État⁵⁶. Or, le rapporteur public a estimé que les documents demandés dans l'affaire dite des « sondages de l'Élysée » ne se rattachaient ni à la catégorie des actes accomplis au titre du mandat présidentiel, protégés par l'alinéa 1 de l'article 67, ni à celle des actes personnels du chef de l'État, protégés par l'alinéa 2 et que, par suite, ils étaient bien communicables.

En guise de conclusion, on peut noter que le jugement du tribunal administratif du 17 février 2012, comme la réforme du droit des archives, vont dans le sens d'une meilleure accessibilité aux documents de l'exécutif, et donc d'une meilleure transparence politique, tant que sont en cause des documents publics, c'est-à-dire des documents relatifs aux missions tant administratives que politiques qui sont dévolues aux autorités de l'exécutif. En revanche, le juge administratif n'accepterait pas de communiquer les

53 Conclusions du rapporteur public Nathalie REULAND, *AJDA*, 2012, p. 1113.

54 CADA avis n° 20090869 du 19 mars 2009, *M. Boineau*.

55 CADA, avis n° 20093741 du 5 novembre 2009, *Avrillier*.

56 Le rapporteur public a reconnu ne pas « *partager pleinement cette qualification, s'agissant de la rémunération d'une personne publique et compte tenu du caractère protecteur des règles de communication applicables en la matière, qui proscrivent la communication des éléments de rémunération non statutaires.* »

documents produits ou reçus par le Président de la République en tant que personne privée et aucune obligation de communicabilité ne s'applique aux archives privées du personnel politique.

Or, dans bien des cas, la frontière peut s'avérer extrêmement ténue entre ce qui relève des documents publics et des documents privés⁵⁷. Par exemple, contrairement à ce qu'indique la CADA dans son avis du 5 novembre 2009, il est permis de douter que les bulletins de paye du chef de l'État relèvent de la seconde catégorie. Par conséquent, la prochaine étape conduisant à une meilleure transparence politique semble résider dans une meilleure identification de la démarcation entre documents privés et documents publics des autorités de l'exécutif.

57 Voir en ce sens, Nelly ACH, note sous TC, 9 juillet 2012, *Ministre de la Défense c. M. Murat de Chasseloup-Laubat* et TGI de la Rochelle, 26 mars 2013, *AJDA*, 2013, p. 1525 et s.

La transparence gouvernementale aux USA selon la loi *Freedom of Information Act*. Observations sommaires

Isaak DORE^{*}

I. PRINCIPES FONDAMENTAUX

307

Aux États-Unis, l'activité du Gouvernement fédéral affecte une grande partie de la vie quotidienne. Il y a des sources médiatiques variées (journaux, télévisions et l'omniprésente blogosphère) dont nous pouvons extraire des informations. Les nouvelles propagées par ces médias sont une source appréciable relative aux actes et à la politique du gouvernement, mais en même temps le droit, pour le citoyen, d'accéder à des documents et à des informations complémentaires a été reconnu par la loi dite *Freedom of Information Act* (FOIA). C'est une loi fédérale, promulguée en 1966, qui établit le droit d'accéder à l'information auprès des services du Gouvernement fédéral¹.

En d'autres termes, le FOIA rend l'information gouvernementale disponible pour tout citoyen américain. Le principe directeur du FOIA est le droit de chaque individu de connaître ce que fait le gouvernement. Dans le cadre du FOIA, les services de l'État fédéral ont l'obligation de mettre entièrement à disposition tout document, *hormis* toute information relevant des neuf exemptions légales et de trois exclusions énoncées dans le FOIA.

* L'auteur souhaite remercier Dominique Gros pour la traduction de sa contribution et Elsa Forey pour sa relecture.

1. Elisabeth O'CONNOR, *Litigation Under Freedom of Information Act*, 110 *Am. Jur. Trials*, 367 (2008).

Chacun des 15 départements du Gouvernement fédéral est soumis au FOIA, ainsi que les 73 services fédéraux à caractère exécutif². Toutefois, le FOIA n'est pas applicable au Congrès, aux tribunaux et à la Présidence. Bien plus, le FOIA n'est pas applicable aux départements ministériels et services administratifs des états fédérés.

Ainsi, le FOIA donne accès à tous les documents des services fédéraux relevant de la branche exécutive fédérale. Et même si un document est protégé par une exemption légale, le service concerné n'est pas obligé d'en refuser l'accès ; il a seulement la faculté de le faire. Autrement dit, le service ou le département n'est pas soumis à une obligation de rétention ; il exerce une faculté.

Précisons que le FOIA concerne à la fois les services, départements, commissions de contrôle, établissements publics et autres organismes à caractère exécutif. Les cabinets ministériels, comme ceux du *Department of Defense*, du *Department of Justice*, du *State Department*, etc, sont visés au même titre que les commissions de contrôle, comme celle du *Federal Trade Commission* ou celle du *Federal Communications Commission*.

Le FOIA vise tout « document » (« records ») en la possession ou sous le contrôle d'un organe fédéral. Le terme « document » est défini *lato sensu* ; cela inclut tout type d'information à caractère documentaire : études, rapports, lettres, films, fichiers internet, photographies et enregistrements sonores³.

Si un requérant peut démontrer qu'une information donnée a été *officiellement* produite et rendue publique, relevant ainsi du domaine public, le service concerné doit procurer l'information⁴.

En somme, les neuf exemptions prévues par le FOIA sont : La sécurité nationale ; les règles et pratiques relatives au personnel à l'intérieur des services ; les informations dont l'accès est déjà prohibé par d'autres lois fédérales ; les secrets industriels et commerciaux ; les notes et mémoires concernant les discussions politiques à l'intérieur d'un service ; la vie privée ; les investigations à caractère judiciaire ; les mesures touchant les banques fédérales ; celles qui concernent le pétrole et le gaz⁵.

2. Les 15 départements ministériels du Gouvernement fédéral des USA sont, dans l'ordre de leur institution : Département d'État, Trésor, Défense, Justice, Intérieur, Agriculture, Commerce, Travail, Santé et Aide Sociale, Logement et Urbanisme, Transport, Énergie, Éducation, Anciens Combattants, Sécurité.
3. Mais voir : *Democratic Nat. Committee c. US Dept. Of Justice*, 539 F. Supp. 2 D 363 (DDC, 2008). (Considérant que des mails entre les fonctionnaires de la Maison Blanche et ceux du Département de la Justice ne sont pas susceptibles d'être diffusés).
4. *Cozen O'Connor c. US Dept. Of Treasury*, 570 F. Supp. 2 d 749 (ED. Pa. 2008). Mais voir : *ACLU c. Dept. Of Defense*, 698 F. Supp. 2 d 163, 166 (D.D.C. 2010). (Considérant que les informations du genre « Wikileaks », ou que les informations résultant de fuites ne peuvent être réputées comme ayant été délibérément diffusées et ne relèvent pas du domaine public).
5. FOIA, 5 U.S.C., § 552 (b), 1 à 9.

II. PROCÉDURE DE REQUÊTE

Chaque personne, avocat ou citoyen, qui voudrait fonder une requête sur le FOIA, doit généralement la formuler par écrit. Alors que certains services admettent des requêtes informelles par téléphone, le droit légal d'accès à l'information sur la base du FOIA suppose la rédaction d'une requête écrite déposée auprès du service. Dès lors que la requête a été régulièrement adressée au service compétent, il appartient au gouvernement de mettre rapidement les documents à disposition ou bien de démontrer que le document n'est pas consultable car il relève des exemptions prévues par le FOIA.

Selon le FOIA, le service est tenu de répondre à une requête dans les vingt jours ouvrables qui suivent la date d'enregistrement de la requête. Bien que ce délai soit une exigence légale, il est rare qu'un service respecte la date limite. Jadis, les services répondaient tardivement aux demandes ; actuellement, s'ils font face à une accumulation de requêtes, les cours fédérales admettent une réponse différée dans un délai raisonnable. Si le service refuse de mettre à disposition les éléments ou s'il manque d'une autre manière aux obligations du FOIA, le citoyen peut s'adresser à un fonctionnaire spécialement chargé de mener à bien les recours fondés sur la liberté d'information.

III. LES EXEMPTIONS

A. Informations relatives à la Sécurité Nationale

L'objet de cette exemption est d'empêcher que des documents classés secret (« *classified* ») ne soient communiqués, car leur diffusion porterait atteinte à la sécurité de la nation. Les documents visés par cette exemption sont ceux qui sont classés secret selon les critères établis par un décret exécutif.

En 1995, le Président Clinton avait publié un décret destiné à limiter les circonstances dans lesquelles les services du Gouvernement fédéral pouvaient classer secret l'information. Selon ce décret, en cas de « *doute sérieux* » quant au fait de savoir si le document était de nature à porter atteinte à la Sécurité Nationale, alors il ne devait pas être classé. Cette limitation fut remise en cause en 2003 par le Président Bush, qui exigea le classement automatique des informations sur la politique étrangère dont la divulgation pourrait porter tort à la Sécurité Nationale. Cela eut pour effet de faire classer une masse considérable d'informations, dès lors inaccessibles par voie de requête FOIA.

Le décret n° 13526 signé par le Président Obama en 2009 rétablit le décret dit du *doute sérieux*, antérieur à Bush. Mais il permet aussi le

classement rétroactif de documents. Par exemple, bien que les photographies du cadavre d'Oussama Ben Laden n'aient jamais été classées auparavant et qu'une requête en bonne et due forme puisse être déposée pour y avoir accès, le département compétent pourrait classer rétroactivement ces documents.

Un récent litige montre bien comment les juges envisagent les requêtes FOIA relatives à la sécurité nationale. Dans le jugement *ACLU c. Dept of Defense*, la requête FOIA incluait des documents relatifs à la capture, la détention et l'interrogatoire de plusieurs détenus dits « *d'importance cruciale* » (emprisonnés sur la Base Navale de Guantanamo)⁶

Le Département de la Défense et la CIA refusèrent l'accès aux documents mentionnés par l'ACLU (*American Civil Liberties Union*) dans sa requête. Le refus fit l'objet d'un appel et finalement la CIA concéda la production d'un résumé des documents classés mais l'ACLU poursuivit afin d'obtenir les documents originaux dans leur intégralité. L'argument de l'ACLU tenait en trois points. Premièrement, l'information retenue avait déjà été déclassée et se trouvait alors accessible à tous. Deuxièmement, les conditions d'interrogation et de détention décrites dans les documents visés par la requête avaient été interdites par le Président. Troisièmement, il s'avère que le gouvernement n'a pas le pouvoir de classer une information fondée sur les déclarations d'un détenu.

La Cour examina tour à tour chacun des arguments.

Le premier argument, fondé sur une déclassification antérieure faisant passer les documents dans le domaine public, fut écarté. Le Juge Sentelle écrivit : « *Comme l'ACLU l'admet volontiers, le rapport de la Croix-Rouge [qui était le fondement de la plainte de l'ACLU] ne fut pas diffusé sur la base d'une procédure gouvernementale de 'déclassification', mais fit l'objet d'une fuite de la part d'un journaliste. Nous relevons par ailleurs que le rapport de la Croix-Rouge n'était pas initialement une source gouvernementale et nous avons du mal à comprendre l'affirmation de l'ACLU selon laquelle la diffusion d'un document non gouvernemental par une source non officielle pourrait constituer une révélation affectant les conditions d'application du FOIA.* » Cette position juridictionnelle très nette est intervenue pendant l'affaire *Wikileaks*. La Cour a déclaré que toute information en forme de fuite, potentiellement erronée, ne pouvait ni relever d'une « déclassification » volontaire ni appartenir au domaine public. Par conséquent, si une requête FOIA est fondée sur une information correspondant à une fuite provenant d'une source du type *Wikileaks*, elle ne peut échapper à l'exception de sécurité nationale.

Quant au second argument, fondé sur la thèse selon laquelle les actes illégaux ne peuvent être soustraits aux requêtes FOIA, il fut également rejeté. Le juge Sentelle releva : « *Il n'y a pas de base légale permettant de conclure que des*

6. *Affaire 698 F. Supp. 2 d, 163, 166. D.D.C. 2010.*

activités illégales ne peuvent pas produire des documents légalement classés. En fait, l'histoire nous enseigne le contraire. Les documents concernant des activités de surveillance qualifiées ultérieurement d'illégales peuvent encore produire une information valablement soumise à l'exemption numéro un. »

L'argument d'illégalité – à savoir qu'un acte illégal ne peut produire des informations classées – est écarté comme ne pouvant être la base légale d'une plainte visant à surmonter une exemption FOIA. C'est un point d'une importance capitale quant aux exemptions du FOIA dès lors que tout acte de la CIA ou du Département de la Défense, qu'il soit ou non légal, peut être valablement classé secret. En clair, leurs agissements (et la documentation qui s'y rattache) échappent aux requêtes du FOIA ; ce qui signifie que, dans tout cas de contestation concernant la sécurité nationale, le Département de la Défense (ou la CIA) échappera aux requêtes FOIA. Par exemple, les bases clandestines de la CIA, le programme d'intervention des drones au Yémen, au Pakistan ou ailleurs, et tous les conflits armés, seront à l'abri des exemptions du FOIA.

Enfin, la Cour écarta le troisième argument de l'ACLU qui énonçait que le gouvernement ne pouvait légalement classer les pensées, les sentiments et les déclarations des individus incarcérés. Selon le juge Sentelle, « *le fait que l'information provienne de détenus placés sous la garde du gouvernement n'affecte pas le fait incontestable que l'information ait été obtenue sous le contrôle du gouvernement. Tous les documents engendrés par la procédure d'interrogatoires sont entre les mains du gouvernement et demeurent sous son autorité, que les détenus soient retenus, relâchés ou transférés.* »

Comme dans le premier et le second considérant, la Cour a clairement établi un précédent selon lequel toute production documentaire, tant qu'elle est conservée par le gouvernement, échappe aux requêtes FOIA dès lors qu'elle est dûment classée – ou rétroactivement classée pour faire obstacle à une requête FOIA.

Le jugement *ACLU c. Dept. of Defense* aboutit clairement à ce que le comportement de certains services administratifs et de certains départements fédéraux échappe aux requêtes FOIA s'il fait l'objet de classements en bonne et due forme.

D'où cette inquiétante question : les exemptions FOIA ne neutralisent-elles pas presque entièrement la loi ? Le but du FOIA est d'accroître la disponibilité, la responsabilité et la transparence de l'activité gouvernementale. Mais il résulte évidemment de ce qui précède que le FOIA semble entravé par les exemptions et exceptions.

B. Règles et pratiques relatives au personnel

Cette exemption concerne les documents qui sont exclusivement relatifs aux règles et pratiques internes et comprend deux types de documents. Le premier type est dénommé « *Low 2* » : il s'agit de documents qui concernent les opérations internes quotidiennes ou les simples tâches administratives et qui sont considérés comme n'étant pas dans l'intérêt public⁷. Le second type, dénommé « *High 2* », vise des documents qui échappent au classement soit parce qu'ils permettraient à l'auteur d'une requête de contourner lois et règlements, soit parce qu'ils porteraient préjudice à d'autres personnes de la collectivité⁸.

Globalement, on doit noter que le FOIA fonctionne relativement bien dans d'autres situations. Par exemple les contrats passés entre les compagnies pétrolières ou gazières et le gouvernement sont susceptibles de requêtes FOIA. Nombre d'informations sur les fonds publics sont également disponibles. Moins une question est controversée, plus elle est aisément disponible par requête.

Dans la pratique, selon le site Internet FOIA du gouvernement, seules 6,92 % des requêtes furent rejetées en 2011⁹. Le même rapport montre que 53,91 % des requêtes furent satisfaites et 39,17 % partiellement satisfaites. Au total, le Gouvernement fédéral reçut 644 165 requêtes FOIA en 2011. À la fin de l'année, le reliquat de requêtes FOIA sans réponse s'élevait à 83 490. Ces chiffres semblent suggérer que la plupart des requêtes FOIA ont reçu une réponse positive.

C. Informations dont l'accès est interdit par une autre source fédérale

Cette exemption est souvent désignée comme exemption du fait des lois (« *statutory* »). Elle vise à prévenir la diffusion d'informations qui font déjà l'objet de dispositions, dans les lois et règlements fédéraux, interdisant d'y accéder. À cet égard, plus de 125 actes fédéraux peuvent être invoqués comme générateurs d'une exemption du fait des lois (exemption 'statutaire'). Le texte en question doit énoncer que la matière est dissimulée au public de

7. Voir *Skinner c. Dpt. of Justice*, 744 FF. Supp. 2 d. 185 (D.D.C. 2010) (Considérant que les numéros de téléphone des services internes de la Drug Enforcement Agency relèvent de questions administratives triviales et non de l'intérêt public).

8. Voir *Morley c. US CIA*, 699 F. Supp. 2 d 244 (D.D.C. 2010) (Considérant que la procédure de sécurité de la CIA était exempte du libre accès prévu par le FOIA, car la connaissance de cette procédure pourrait fausser l'exercice des politiques en cause).

9. Voir : <http://www.foia.gov/index.html>

telle sorte qu'on ne puisse disposer de sa publication, ou bien il doit établir un critère particulier de dissimulation ou se référer à des catégories particulières de matières susceptibles d'être dissimulées¹⁰.

D. Secrets industriels et commerciaux

Le but de cette exemption est d'empêcher la diffusion de secrets des affaires. Cela peut inclure des listes de consommateurs et toute information sensible dont la diffusion causerait un préjudice à une entreprise, si l'information était révélée. Un secret des affaires est alors défini comme « *information généralement non divulguée dans les affaires, ayant une valeur commerciale, maintenu secrètement, utile à la fabrication, la préparation, la composition ou la transformation de denrées commercialisables* »¹¹.

E. Mémoires et discussions politiques à caractère interne

Cette exemption est destinée à protéger l'information divulguée dans les procès civils. Elle inclut à la fois les lettres et mémoires tant dans les relations internes d'un service que dans les relations inter-services. Sur un plan pratique, cette exemption protège les avis, opinions et recommandations du personnel des services contre les requêtes FOIA. Il est nécessaire de protéger de telles informations pour permettre aux autorités de communiquer librement avec le personnel sans craindre le regard du public¹².

F. La vie privée du personnel

C'est là un instrument couramment utilisé par le gouvernement pour empêcher l'accès ou bloquer la diffusion de certaines informations qui permettraient d'identifier des individus particuliers. Cette exemption s'applique au personnel et aux dossiers médicaux ou à d'autres dossiers dont l'ouverture constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée. L'exemption

10. Voir : *Yelder c. Dept. of Defense*, 577 F. Supp. 2 d 342. (D.D.C. 2008) (Considérant qu'une règle administrative d'une cour fédérale s'appliquait à un courrier relatif aux aspects confidentiels d'un litige).

11. Elizabeth O'Connor Tomlinson, *Litigation Under Freedom of Information Act*, 110 *Am. Jur. Trials* 367 (2008).

12. Voir : *Trentadue c. Integrity Committee*, 501 F. 3 d 1215 (10th. Cir. 2007) (Considérant qu'une règle administrative liant une cour fédérale de première instance s'appliquait à un courrier relatif aux aspects confidentiels d'un litige).

serait seulement applicable quand l'intérêt individuel relatif à la vie privée l'emporte manifestement sur l'intérêt public lié à la divulgation.

Les tribunaux, en appliquant cette exemption, doivent d'abord déterminer si l'information en cause s'apparente à un dossier personnel ou médical. Dans ce cas, le tribunal doit procéder à une analyse comparative pour déterminer si les intérêts liés à la vie privée l'emportent sur les intérêts liés à la divulgation publique.

G. Les investigations à caractère judiciaire

L'objet initial de cette exemption est la protection d'un document dont la divulgation intempestive compromettrait la poursuite d'investigations pénales ou civiles ou causerait un préjudice aux personnes concernées par la procédure judiciaire. Cette exemption protège les documents ou informations rassemblées pour les besoins de la procédure judiciaire, mais seulement dans la mesure où de tels documents et informations judiciaires :

1. pourraient raisonnablement être considérés comme susceptibles d'interférer avec le cours de procédures judiciaires,
2. pourraient priver une personne du droit à un juste procès et à un jugement impartial,
3. pourraient raisonnablement être considérés comme constitutifs d'une atteinte injustifiée à la vie privée,
4. pourraient raisonnablement être considérés comme constituant un risque de divulgation de l'identité d'une institution d'un État étranger ou d'une personne ayant fourni une information à caractère confidentiel.
5. pourraient donner accès à des techniques et procédures relatives à l'instruction et aux poursuites judiciaires, ou donner accès à des directives relatives à l'instruction et aux poursuites judiciaires si un tel accès était raisonnablement susceptible de contourner la loi,
6. pourraient raisonnablement mettre en danger la vie ou la santé physique de tout individu.

Afin de protéger le document requis, un service fédéral doit habituellement établir que l'un des préjudices énumérés « *pourrait raisonnablement être susceptible d'être causé* » dans le cas où l'information serait diffusée.

H. Réglementation des banques fédérales

Cette exemption particulière protège principalement les rapports élaborés par des services fédéraux relatifs au régime des banques et autres institutions

financières fédérales. L'exemption s'applique aux documents contenant ou faisant référence aux mesures d'inspection, de contrôle et de fonctionnement des institutions financières ainsi qu'aux rapports circonstanciels élaborés par, au nom de, ou pour l'usage d'un service responsable de la régulation ou de la tutelle de ces institutions.

L'objet de cette exemption, qui protège aussi les documents du Gouvernement Fédéral sur les banques, les trusts, les sociétés et associations d'investissement, est d'empêcher la diffusion d'informations financières sensibles qui, en cas de libre accès, pourraient miner la confiance du public dans le système bancaire et les institutions financières. Historiquement, cette exemption a été invoquée pour empêcher la diffusion d'informations concernant des banques en faillite.

Évidemment, cette exemption pourrait empêcher l'accès à certaines informations financières se rapportant à la crise financière mondiale de 2008. Le FOIA ne se serait pas appliqué à des sociétés privées, mais il serait applicable à des organismes tels que « FANNIE MAE » et « FREDDIE MAC ».

I. Produits pétroliers et gaziers

C'est une exemption rarement utilisée : elle vise essentiellement la spéculation sur les produits pétroliers et gaziers.

CONCLUSION

Le FOIA est certainement un aspect important de la démocratie américaine ; mais les affaires importantes, moralement problématiques, comme les drones de la CIA, les sites secrets, les attentats ciblés, trouvent dans le FOIA le sanctuaire de nombreuses exceptions. Le simple communiqué interservices est protégé comme si l'on estimait qu'il n'avait pas assez d'importance pour être diffusé, tandis que les actions sérieusement controversées (comme les attentats ciblés) sont quant à elles trop importantes pour être diffusées. Dès lors, la zone qui s'étend entre ces deux extrêmes est ouverte aux requêtes FOIA.

En définitive, le but du FOIA fut de créer une tribune libre sur la transparence gouvernementale. Cependant, les nombreuses exceptions paralysent toute tentative réelle d'aboutir à une pleine diffusion des informations.

Par ailleurs, les juridictions fédérales font preuve d'une grande déférence à l'égard des services administratifs. Enfin, avec les réponses à la Glomar¹³, par lesquelles un département ministériel refuse d'admettre l'existence même d'un document, les services fédéraux peuvent empêcher les juridictions de déterminer si les documents ont été dûment classés (puisqu'on ne sait pas s'ils existent...).

En fin de compte, on peut se demander s'il est nécessaire pour le gouvernement de maintenir tant de secrets. Apparemment, c'est ce que pense le pouvoir judiciaire, si l'on en croit l'immense majorité des jugements prononcés en faveur du gouvernement, sur la base d'exemptions opposées aux requêtes FOIA.

(Traduction de Dominique GROS)

13. Une réponse à la Glomar est du type : « *Le Département de ... ne peut ni confirmer ni infirmer l'existence du document visé par la requête FOIA* ». Ce terme provient d'une affaire mettant en cause le *Glomar Explorer*, lequel était chargé de récupérer en 1974 l'épave d'un sous-marin soviétique qui avait sombré en mars 1968.

SECONDE SECTION

*LA TRANSPARENCE
DE L'ACTION PUBLIQUE*

La transparence comme enjeu de luttes : ALTER-EU et la transparence des groupes d'experts de la Commission européenne

Anne-Cécile DOUILLET

Si la transparence est aujourd'hui une norme – inscrite dans le droit¹ – et un élément de rhétorique politique², c'est aussi une cause, c'est-à-dire un principe, un objectif au nom duquel des individus et des groupes se mobilisent, pour dénoncer un fonctionnement et appeler des réformes. Autrement dit, la transparence est un objet de lutte et de mobilisation. Cela est aujourd'hui particulièrement visible dans le cadre de l'Union européenne. L'appel à plus de transparence dans le fonctionnement de l'Union est en effet porté par divers acteurs, au sein des institutions européennes mais aussi en dehors de celles-ci. La Commission européenne fait partie des cibles de ces demandes de transparence accrue et c'est notamment son recours fréquent à des « groupes d'experts » qui alimente des mobilisations, sur le thème de l'opacité de leur composition et de leur fonctionnement, propice aux conflits d'intérêt.

Ces « groupes d'experts » sont des comités mis en place par les services de la Commission européenne³. Ils interviennent notamment en amont du processus décisionnel, c'est-à-dire dans la phase d'élaboration des propositions

1 Comme le soulignent plusieurs contributions de ce volume.

2 Voir la contribution d'Yves POIRMEUR dans ce volume.

3 Il existe en fait deux catégories de groupes d'experts de la Commission : les groupes d'experts formels, qui sont créés par une décision de la Commission, et les groupes d'experts informels, qui sont créés par un service de la Commission. La distinction n'est pas reprise dans la suite de l'article, dans la mesure où la question de la transparence se pose de la même façon dans les deux cas.

par la Commission, dans le cadre de son droit d'initiative, mais aussi pour l'élaboration d'actes délégués et pour la mise en œuvre de la législation, des politiques et des programmes de l'Union européenne⁴. Ils comprennent au moins six membres mais, au-delà de cette règle, leur composition est très variable : peuvent en être membres des scientifiques (chercheurs), des universitaires, des représentants de groupes professionnels, des ONG, des industriels (représentant une entreprise ou un secteur), des représentants des États-membres⁵. Ces groupes sont extrêmement nombreux : le secrétariat général de la Commission, qui les répertorie depuis 2004, annonce aujourd'hui 733 « *groupes d'experts de la Commission* » et 789 si l'on y ajoute les « *entités similaires* »⁶.

Le combat pour la transparence des groupes d'experts de la Commission européenne renvoie à l'enjeu plus large de la transparence des processus de décision publique au niveau européen. Il s'inscrit par ailleurs dans les controverses relatives au lobbying et à l'intervention des groupes d'intérêt dans la fabrique des décisions européennes. En effet, les individus et groupes qui revendiquent une plus grande transparence de la composition et du fonctionnement des comités d'experts le font notamment dans l'optique de mettre au jour la présence de représentants d'intérêts jugés illégitimes. Ainsi, ce qui est en cause dans ce combat particulier pour la transparence, c'est la légitimité de certaines catégories d'acteurs extérieurs aux institutions européennes à prendre part au processus décisionnel. C'est ce qu'illustre de manière très nette la façon dont le collectif ALTER-EU s'est saisi de cette question de la transparence des groupes d'experts de la Commission européenne.

ALTER-EU est un collectif européen regroupant près de 200 membres (individus mais surtout organisations), qui dénonce l'influence démesurée de certains groupes d'intérêt auprès de la Commission européenne et réclame plus de transparence en matière de lobbying. L'objectif général affiché par ALTER-EU est de limiter l'intervention d'intérêts privés dans les processus

- 4 Ces groupes d'experts sont à distinguer des comités « comitologie » qui sont composés de représentants des États-membres chargés d'assister la Commission européenne dans sa mission de mise en œuvre de la législation communautaire. V. Jacques DE MAILLARD et Cécile ROBERT, « Gouvernement par comités », in Céline BELOT, Paul MAGNETTE et Sabine SAURUGGER (dir.), *Science politique de l'Union européenne*, Economica, 2008, p. 313-334.
- 5 Pour une présentation et une analyse du fonctionnement de ces comités, voir Cécile ROBERT (dir.), « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne », *Politique européenne*, n° 32, 2010 (numéro spécial).
- 6 Source : Registre des groupes d'experts de la Commission et autres entités similaires (<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2>, consulté le 14 septembre 2013). Les « entités similaires » sont des entités consultatives qui n'ont pas été créées par la Commission ou ses services mais qui sont dirigées et gérées financièrement par la Commission et jouent un rôle analogue ou identique à celui des groupes d'experts.

décisionnels européens. Le collectif vise plus spécifiquement les intérêts industriels et financiers, ceux qu'il appelle les « *corporate lobbyists* » ou le « *big business* », dont il dénonce l'influence croissante sur les politiques européennes. Une telle emprise des intérêts privés est présentée à la fois comme la manifestation d'un manque de démocratie et comme un facteur de blocage ou de ralentissement de réformes dans des domaines comme le social, l'environnement ou encore la protection des consommateurs⁷. Dans le cadre de ce combat d'ensemble, ALTER-EU mène plusieurs « campagnes » : l'une, « *Blocking the Revolving Door* », vise la fin du « pantouflage » des fonctionnaires européens vers les entreprises et les sociétés de lobbying⁸ ; une autre, intitulée « *Greater Lobbying Transparency* », a pour principal enjeu la constitution d'un registre fiable et consistant des représentants d'intérêt intervenant auprès des institutions européennes ; une troisième porte sur le renforcement des réglementations éthiques (codes de conduite). Une quatrième campagne a pour objet le rééquilibrage des groupes d'experts de la Commission européenne, à laquelle nous allons nous intéresser plus particulièrement, tout en considérant qu'elle s'articule étroitement aux autres actions d'ALTER-EU.

L'analyse de la façon dont ALTER-EU mobilise le principe de transparence pour dénoncer le fonctionnement et l'usage des groupes d'experts de la Commission européenne montre comment la mise en avant de ce principe peut s'inscrire dans une lutte de légitimité. En effet, envisager la transparence comme un principe moral constitutif d'une cause n'interdit pas de penser que les mobilisations faites en son nom s'inscrivent dans un rapport de force entre différents acteurs et groupes sociaux. Autrement dit, l'hypothèse peut être faite que la mobilisation pour la transparence peut servir des intérêts sociaux et en desservir d'autres. Le cas d'ALTER-EU conforte cette hypothèse en montrant que la lutte pour la transparence produit des effets de délégitimation mais aussi des effets de légitimation. D'une part, pour ALTER-EU, la transparence est un moyen de lutter contre des intérêts jugés illégitimes : la transparence apparaît alors comme un instrument de lutte plus que comme un objectif en soi (I). D'autre part, à travers son combat pour la transparence, ALTER-EU tend à s'imposer comme un interlocuteur légitime de la Commission : la transparence apparaît alors comme une ressource, dont d'autres groupes peuvent d'ailleurs se saisir, y compris pour dénoncer certaines pratiques de membres d'ALTER-EU (II). La transparence est ainsi non seulement un enjeu de lutte mais aussi une « arme ».

⁷ Voir : <http://www.alter-eu.org/fr>, consulté le 6 novembre 2012.

⁸ Il y a là une source de renforcement de la puissance des intérêts privés, qui bénéficient de la connaissance du milieu communautaire *via* ces anciens fonctionnaires.

I. LA TRANSPARENCE COMME INSTRUMENT DE LUTTE CONTRE DES INTÉRÊTS JUGÉS ILLÉGITIMES

Pour les militants d'ALTER-EU, la transparence a une dimension principalement instrumentale et vise surtout à attirer l'attention sur la place prise par certains intérêts sociaux (A). Ceci est visible dans les actions entreprises par ALTER-EU, qu'il s'agisse de propositions de réforme ou d'études visant à dévoiler la composition des groupes d'experts (B). Ainsi, la transparence, comme revendication et comme pratique, permet de délégitimer certains acteurs impliqués dans le processus décisionnel européen.

A. La dimension instrumentale de la transparence

Le projet général affiché par ALTER-EU est de lutter contre le lobbying indu du « *big business* », autrement dit contre une influence démesurée des intérêts industriels et financiers. Concernant plus spécifiquement les groupes d'experts, l'objectif à atteindre est un changement dans la composition d'un grand nombre de comités, qui sont sous la coupe d'intérêts privés⁹. La transparence apparaît alors comme un moyen de lutter contre ce phénomène d'emprise d'intérêts jugés illégitimes sur la Commission européenne.

L'acronyme « ALTER-EU » pourrait laisser croire que la transparence est un objectif en soi : en effet « ALTER-EU » ne signifie pas seulement « Autre Europe »¹⁰ mais aussi *Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation*, ce qui peut être traduit par « Alliance pour une réglementation de transparence et d'éthique en matière de lobbying ». Cependant, la dimension instrumentale apparaît clairement dans les propos de ceux qui parlent au nom d'ALTER-EU. Ainsi, dans un entretien avec un journaliste de RFI le 4 novembre 2010, Yiorgos Vassalos¹¹, chargé de la campagne d'ALTER-EU sur les groupes d'experts, dénonce le poids prépondérant des « lobbys financiers » et défend la position selon laquelle « *on doit commencer par savoir qui influence qui* » pour « *rééquilibrer les groupes de pression qui ont de l'influence ici à Bruxelles* ». Il met donc en avant l'intérêt d'une action de connaissance

⁹ « *Alter-EU says there is a need for a change in the composition of a large number of expert groups* » (Martin BLANKS, *Parliament Magazine*, 5th September 2012 : <http://www.theparliament.com/latest-news/article/newsarticle/eu-commission-urged-to-improve-expert-group-transparency/#.UJkv-2f761m>).

¹⁰ Sur cette dimension, voir : Laurence JOURDAIN, « La mobilisation d'ALTER-EU pour la régulation du lobbying : fécondité et contraintes d'un plaidoyer pour une 'autre Europe' », *Communication à la journée d'études « L'Europe et ses opposants. Vingt ans d'engagements souverainistes et alter-européens en France (1992-2012) »*, Paris 1-Sorbonne, 31 mai 2012.

¹¹ Yiorgos Vassalos est chercheur au CEO (*Corporate Europe Observatory*), une des organisations fondatrices d'ALTER-EU.

et de transparence pour lutter contre les lobbys financiers. Dans l'un des premiers documents produits par ALTER-EU sur les groupes d'experts, en 2008, intitulé *Secret et domination des entreprises*¹², cette dimension instrumentale de la transparence apparaît aussi clairement ; la transparence y est présentée comme un « pré-requis » à la démocratisation du processus de décision : « *Given the influence that expert groups exert on policy-making in Europe, citizens have to know the identity of expert group members and the specific interest that are being advocated. For this reason, full transparency of the expert groups is a pre-requisite for ensuring greater democratization of decision-making in the E.U.* »¹³

La transparence est ainsi moins un objectif en soi qu'un moyen d'atteindre un autre but : attaquer la légitimité de certains acteurs en dénonçant leur poids prépondérant dans les décisions prises par la Commission européenne, le postulat sous-jacent étant que la transparence aura par elle-même des vertus correctives et moralisatrices. Dans cette logique, ALTER-EU déploie des actions en faveur de la transparence ciblées sur la dénonciation de certains intérêts.

B. Rendre transparent pour délégitimer

L'action en faveur de la transparence des groupes d'experts de la Commission prend principalement deux formes au sein d'ALTER-EU : d'une part, exiger des modes de fonctionnement plus transparents, en proposant un certain nombre de réformes ; d'autre part, produire directement de la transparence. Dans les deux cas, il s'agit de donner à voir des phénomènes susceptibles de remettre en cause le rôle joué par certains intérêts.

ALTER-EU propose effectivement des réformes allant dans le sens d'une plus grande transparence des groupes d'experts. Lorsque l'on voit comment ces propositions s'articulent avec d'autres, il apparaît clairement que l'objectif est moins la transparence en elle-même que la limitation de l'influence des intérêts économiques et financiers. Ainsi, parmi les propositions figurant dans le document produit en 2008¹⁴, si quatre propositions sont des

¹² Yiorgos VASSALOS, *Secrecy and Corporate Dominance. A Study on European Commission Expert Groups*, Bruxelles, Alter EU, 2008.

¹³ *Ibid.*, p. 7-8. On notera au passage que la mobilisation pour la transparence des groupes d'experts repose sur le postulat de leur influence forte dans le processus décisionnel.

¹⁴ Yiorgos VASSALOS, *Secrecy and Corporate Dominance. A Study on European Commission Expert Groups, op. cit.*, p. 16

propositions générales visant à l'introduction d'une plus grande transparence¹⁵, deux portent très directement sur la composition des groupes et sous-entendent que la situation actuelle est marquée par une composition déséquilibrée en faveur des intérêts industriels :

4. Protection forte contre les accès privilégiés et la composition déséquilibrée des groupes [*Strong safeguards against privileged access and unbalanced composition of these groups*]
5. Dissolution de tous les groupes d'experts contrôlés par l'industrie (ou tout autre intérêt particulier) [*Dissolution of all Expert Groups controlled by industry (or any other special interests)*]¹⁶

Une autre revendication, apparue plus récemment, est d'obliger les experts à faire des déclarations d'intérêt, c'est-à-dire à fournir des informations sur leurs activités et les organisations auxquelles ils appartiennent, pour que l'on puisse les situer. L'un des enjeux est ici de se donner les moyens de voir si des experts nommés « en nom propre » ne sont pas en fait des représentants d'entreprise ou de secteurs d'activité¹⁷. Il apparaît ainsi assez clairement que, dans les revendications d'ALTER-EU, la transparence vise à s'attaquer à la présence jugée trop massive de certains intérêts.

Parallèlement à la mise en avant de revendications relatives à l'introduction d'une plus grande transparence dans le fonctionnement des groupes d'experts, ALTER-EU travaille directement à la transparence des groupes d'experts, en étudiant de façon approfondie leur composition et en publiant les résultats du travail d'enquête. Trois rapports ont été réalisés dans cette optique. Un premier, publié en mars 2008, étudie 34 groupes d'experts dans des domaines « sensibles » et les classe selon la place qu'y occupent les personnes liées à l'industrie¹⁸ : le rapport conclut que l'industrie contrôle les groupes

15 1. Publicité de la composition des groupes d'experts et des principaux documents produits (*Disclosure of Expert Group membership and key documents*) 2. Transparence totale sur le lancement de nouveaux groupes d'experts (*Full transparency around the launch of new Expert Groups*) 3. Procédure transparente et équitable pour la candidature et la sélection des membres des groupes d'experts. (*Open and fair processes around the application for and selection of membership*) [...] 6. Mise à plat de la composition de tous les groupes d'experts par le Secrétariat général de la Commission (*A broad review on the composition of all Expert Groups by the Commission's Secretariat General*)

16 Les énoncés en Français sont issus de notre propre traduction.

17 Cette proposition apparaît par exemple dans une étude publiée par ALTER-EU en juillet 2012 : « *Ban lobbyists and corporate executives sitting in expert groups in a 'personal capacity'. Representatives of companies sit there on behalf of these companies. That interest cannot be taken away by just signing a declaration that they have no conflict of interest. The Commission should clarify whether members of an expert group are there as stakeholders or as experts committed to acting in the public interest. The second should be thoroughly checked for conflicts of interest and their "declaration of professional activities" should be in the public domain.* » : ALTER-EU, *Who is driving the agenda at DG enterprise? The dominance of corporate lobbyists in DG Enterprises' expert groups*, July 2012, p. 18.

18 Yiorgos VASSALOS, *Secrecy and Corporate Dominance. A Study on European Commission Expert Groups*, op. cit. Trois catégories de groupes sont construites : (1) not industry dominated (2) unbalanced

d'experts les plus controversés. Un deuxième, publié en octobre 2009, porte sur 10 groupes mis en place en lien avec le « Plan d'action pour les services financiers » et souligne que 160 membres sur 167 sont issus de l'industrie de la finance¹⁹. Enfin, un troisième rapport, publié en juillet 2012, porte sur les groupes d'experts mis en place par la DG entreprise et montre que 2/3 de ces groupes sont dominés par les intérêts du « *big business* », avec plus de 480 représentants des grandes entreprises, contre seulement 11 représentants syndicaux²⁰. En révélant une telle surreprésentation des intérêts financiers et industriels, ALTER-EU vise à les délégitimer : ils sont souvent dans une situation de conflit d'intérêt et sont massivement présents aux côtés des fonctionnaires de la Commission.

La demande de transparence accrue formulée par ALTER-EU et la transparence produite par le collectif assoient ainsi les soupçons sur l'influence indue de certains groupes d'intérêt. Si l'opacité peut rendre suspicieux sur le « bon fonctionnement » d'un système politique, c'est ici la transparence qui étaye l'hypothèse d'un fonctionnement contraire à la déontologie et aux principes démocratiques, en montrant que la Commission est contrôlée par certains groupes d'intérêt. Mais ce combat pour la transparence n'a pas pour seul effet de mettre certains intérêts directement en cause : il pose ceux qui le portent en interlocuteurs de la Commission, dans la mesure où celle-ci fait aussi de ce principe une orientation politique. Se mobiliser pour la transparence devient alors une ressource, sous certaines conditions.

II. LA TRANSPARENCE COMME RESSOURCE

Même si la mobilisation en faveur d'une transparence accrue n'est pas nécessairement pensée dans une optique stratégique de consolidation d'un positionnement par ceux qui la portent, elle peut participer d'une redéfinition des ressources dont disposent les différents groupes d'intérêt pour accéder à la Commission européenne. De fait, il apparaît que l'action développée par ALTER-EU en faveur de la transparence lui donne une place dans le système européen (A). Pour autant, on peut se demander dans quelle mesure la lutte pour la transparence est une ressource dans la compétition

in favour of industry (3) corporate controlled.

19 ALTER-EU, *A Captive Commission. The Role of Financial Industry in Shaping EU Regulation*, October 2009.

20 ALTER-EU, *Who is Driving the Agenda at DG Enterprise? The Dominance of Corporate Lobbyists in DG Enterprise's Expert Groups*, *op. cit.*

entre groupes d'intérêt pour l'accès à la Commission européenne : en effet, se poser en héraut de la transparence, c'est aussi s'exposer à un certain nombre d'exigences et de critiques (B).

A. Un combat en phase avec la politique de la Commission

À travers l'action menée pour une plus grande transparence en matière de lobbying, ALTER-EU se pose d'une certaine façon en « accompagnateur » de la Commission, bien que son discours soit critique vis-à-vis des pratiques de celle-ci. Ceci tient à la fois aux conditions dans lesquelles est née l'organisation et à ses modalités d'action, qui s'inscrivent dans les formes du système européen.

Dès sa création, ALTER-EU agit en lien avec la Commission européenne : en effet, le collectif naît en juin 2005, au moment du lancement de l'Initiative européenne pour la transparence. Cette initiative, qui est formalisée par une communication du 9 novembre 2005²¹, est lancée en mars 2005 par le commissaire Siim Kallas, autour de trois grands enjeux : (i) la déontologie dans les institutions européennes (qui inclut la question de l'accès aux documents administratifs mais aussi les activités de l'OLAF²²), (ii) la transparence des données sur les bénéficiaires de fonds communautaires, (iii) la représentation des intérêts. Ce troisième point recoupe très largement la mobilisation d'ALTER-EU puisqu'il renvoie au « *cadre dans lequel les groupes de pression et les organisations de la société civile exercent leurs activités* ». Comme cela est posé clairement dans la déclaration fondatrice d'ALTER-EU, la création du collectif vient « *en réponse* » à cette initiative européenne pour la transparence. Dans sa déclaration du 1^{er} juin 2005, ALTER-EU dit en effet soutenir l'initiative de la Commission lancée en mars 2005²³ et annonce vouloir suivre sa mise en œuvre, l'objectif étant, selon les propres termes du collectif, « *d'éviter l'échec de l'initiative* »²⁴. Il ne s'agit pas cependant d'un simple appui à l'initiative européenne : l'objectif est de veiller à ce que la mise en œuvre suive les principes et orientations affichés et que des avancées substantielles aient lieu. ALTER-EU reçoit alors le soutien de la Commission : le Commissaire

21 Communication à la Commission de M. le président, M^{me} Wallström, M. Kallas, M^{me} Hübner et M^{me} Fischer Boel proposant le lancement d'une initiative européenne en matière de transparence – SEC(2005)1300 final.

22 Office européen de lutte antifraude.

23 « *We welcome the 'European Transparency Initiative' (ETI), launched in March 2005 by European Commissioner Siim Kallas, in particular, the objective to address the current lack of mandatory regulation and reporting of lobbying activities.* »

24 « *We have formed the Alliance for Lobbying Transparency and Ethics Regulation (ALTER-EU) to prevent the failure of this important initiative.* »

Kallas, invité à la cérémonie d'inauguration du collectif, vient exprimer son soutien²⁵.

La référence à la politique de transparence de la Commission caractérise en fait l'ensemble de l'action d'ALTER-EU. Pour juger la composition des groupes d'experts et leur fonctionnement, le collectif fait ainsi constamment référence aux « *normes de bonne conduite* » édictées par la Commission. Celle-ci a en effet publié deux documents dans lesquels sont avancées des règles à suivre : « *Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission : principes et lignes directrices* »²⁶ d'une part, « *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue. Principes généraux et normes minimales appliqués aux consultations engagées par la Commission avec les 'parties intéressées'* » d'autre part²⁷. Cette référence aux principes posés par la Commission elle-même s'inscrit dans un répertoire d'action caractéristique d'un « *militantisme de dossier* »²⁸, voire d'un « *militantisme institutionnel* », c'est-à-dire d'une forme « *d'opposition de l'intérieur* »²⁹. En effet, ALTER-EU ne mène pas d'action contestataire dans l'espace public mais produit des rapports, des études, demande des explications à la présidence de la Commission et ses services (*via* des lettres qui leur sont adressées), fait appel au médiateur européen, s'associe au Parlement européen³⁰, autant de

25 Ceci est rapporté par Laurence Jourdain dans sa communication à la journée d'études « *L'Europe et ses opposants. Vingt ans d'engagements souverainistes et alter-européens en France (1992-2012)* », Paris 1-Sorbonne, 31 mai 2012 : « La mobilisation d'ALTER-EU pour la régulation du lobbying : fécondité et contraintes d'un plaidoyer pour une 'autre Europe'. »

26 COM(2002) 713.

27 COM(2002)704.

28 Cette expression est celle de Sylvie Ollitrault : Sylvie OLLITRAULT, « Science et militantisme : la transformation d'un échange circulaire. Le cas de l'écologie française », *Politix*, n° 36, 1996, p. 141-162.

29 Sur ces questions, voir le numéro 70 de *Politix* sur les « Militantismes institutionnels », paru en 2005.

30 Des parlementaires se sont mobilisés sur la question de la transparence des groupes d'experts plusieurs années avant la création d'ALTER-EU : dès le début des années 1990, les députés européens se plaignent d'être tenus à l'écart d'un dialogue privilégié entre les « experts » et la Commission européenne, qui ferait le jeu, selon eux, d'une nationalisation rampante de l'initiative communautaire (voir : Parlement européen, « Résolution du Parlement européen du 16 décembre 1993 sur le rôle des experts nationaux et le droit d'initiative de la Commission », *JOCE*, n° 20, 24 janvier 1994, p. 174). Ainsi, pour le Parlement européen, le problème est moins celui de la présence d'intérêts sociaux illégitimes que la trop grande place laissée aux logiques nationales au sein de ces groupes d'experts, qui sont composés en partie de représentants des États-membres et/ou sont attentifs aux équilibres nationaux dans leur composition. Bien qu'elles soient alimentées par des positionnements et des intérêts différents au sein du système communautaire, on observe donc des logiques de mobilisation similaires au sein du Parlement et d'ALTER-EU, qui se citent mutuellement pour renforcer leurs revendications. Cette convergence permet à ALTER-EU de s'appuyer sur des parlementaires, qui peuvent avoir recours à des modes de pression particuliers. Ainsi, en 2011, le Parlement a suspendu 20 % du budget des groupes d'experts en attente d'une réponse de la Commission sur la double question de la transparence des affiliations des experts et de la production des groupes d'expert. ALTER-EU a soutenu cette initiative parlementaire : ainsi, dans sa lettre du 7 mai 2012 aux membres de la Commission des budgets du Parlement européen, le collectif demande aux parlementaires de

modalités d'action qui s'inscrivent dans les règles de fonctionnement des institutions européennes. Ainsi, ALTER-EU se positionne plutôt en « expert du lobbying » au sein du système européen, du fait en particulier de son activité d'étude et de production de rapports. Ses modalités d'action en font un acteur susceptible d'intégrer le système européen, tandis que son combat pousse à un respect des règles de transparence formalisées par les institutions européennes. C'est ainsi que l'on peut comprendre que le collectif se soit inscrit au « registre de transparence », qui concerne « les organisations dont les activités visent à influencer le processus de décision de l'UE », registre pour lequel ALTER-EU s'est battu³¹. ALTER-EU s'est ainsi imposé comme un « lobby anti-lobbies », qui peut intervenir auprès de la Commission européenne, au même titre que d'autres lobbies reconnus.

Le combat pour la transparence, parce qu'il entre en résonance avec une politique de transparence portée par la Commission européenne, apparaît donc comme un vecteur de positionnement de certains groupes d'intérêt auprès de la Commission européenne. C'est le cas pour ALTER-EU en tant que collectif. Cependant, les clivages suscités en interne par la question de l'inscription au « registre de transparence », tout comme les plaintes formulées à l'encontre de certaines composantes d'ALTER-EU pour manque de transparence, montrent que l'exigence de transparence est aussi une contrainte dans un contexte de concurrence entre groupes d'intérêt.

B. Luites de légitimité et effet boomerang

En tant que collectif, ALTER-EU regroupe des individus mais surtout des organisations. Les individus sont principalement des universitaires (*academics*), tandis que les organisations sont classées en 4 catégories :

- (1) organisations de la société civile, avec par exemple ATTAC, Anticor, CRIIRAD, Fondation France liberté, pour ne citer que quelques exemples français ;
- (2) sociétés de conseil ;

maintenir la réserve. [La suspension du budget a été adoptée en novembre 2011 et la Commission a fourni une réponse le 9 juillet 2012 pour lever cette suspension, effective depuis le 19 septembre 2012].

31 « *Le registre fournit aux citoyens un accès direct et unique aux informations sur les personnes ou les organisations dont les activités visent à influencer le processus de décision de l'UE, sur les intérêts poursuivis et sur le montant des ressources qui y sont consacrées.* » (http://europa.eu/transparency-register/about-register/transparency-register/index_fr.htm, consulté le 27 mars 2013). Depuis 2011, il s'agit d'un registre tenu conjointement par la Commission et le Parlement ; ce nouveau registre a remplacé celui mis en place par la Commission en 2008.

- (3) cabinets d'avocat ;
- (4) signataires hors UE, qui sont des ONG et des centres d'étude qui viennent surtout des États-Unis et d'Amérique latine.

ALTER-EU regroupe donc principalement des groupes d'intérêt, le terme « *interest groups* » étant utilisé par le collectif lui-même³², et des sociétés susceptibles de les conseiller, d'un point de vue juridique ou stratégique. Ainsi, ALTER-EU est une initiative qui relève de la mobilisation de groupes d'intérêt, qui s'opposent à d'autres groupes d'intérêt, jugés moins légitimes, car défendant des intérêts économiques, industriels et financiers. De ce fait, on peut se demander dans quelle mesure le combat pour la transparence relève d'une logique de concurrence entre groupes d'intérêt, d'autant que des travaux antérieurs ont bien mis en évidence l'existence de telles logiques. Hélène Michel a ainsi souligné que, malgré le pluralisme affiché, l'accès des groupes d'intérêt à la Commission européenne est inégal, du fait de ressources différenciées et d'effets de sélection³³. Cette situation favorise des luttes de « labellisation », pour se positionner comme groupe d'intérêt légitime auprès des services de la Commission.

Dans ce contexte, se montrer transparent peut effectivement constituer une ressource de légitimité, dans la mesure où cela fait aujourd'hui partie des exigences de la Commission européenne. C'est pourquoi certains groupes d'intérêt sont attentifs à prouver leur souci de transparence et/ou à démontrer le manque de transparence de ceux dont ils veulent limiter l'influence. De la même façon que la définition de la « société civile » par la Commission européenne a révélé et alimenté des formes de concurrence entre groupes d'intérêt, la lutte pour la transparence active aussi une certaine compétition entre groupes d'intérêt et conduit nombre d'entre eux à se positionner sur cette question pour souligner leur légitimité à intervenir auprès de la Commission³⁴. Hélène Michel³⁵ a en effet montré comment la définition de la « société civile » par la Commission européenne – qui regroupe sous cette dénomination ONG, partenaires sociaux, et intérêts économiques – a donné à lieu des prises de position différentes suivant la nature de l'organisation

32 Voir : <http://www.alter-eu.org/fr/about>, consulté le 6 novembre 2012.

33 Voir par exemple : Hélène MICHEL, « L'administration européenne face au lobbying », in Pascal MBONGO (dir.), *Le phénomène bureaucratique européen. Intégration européenne et 'technophobie'*, Bruylant, coll. « Rencontres européennes », 2009, p. 41-55.

34 Il convient de préciser que faire ce constat ne nous dit rien de l'effectivité de la ressource que constitue la valorisation de la transparence pour accéder à la Commission. En effet, il est évident que la concurrence entre groupes d'intérêt ne se joue pas uniquement sur leur rapport à la transparence.

35 Voir notamment : Hélène MICHEL, « Les groupes d'intérêt et la consultation sur le Livre Blanc : objectivation et institutionnalisation de 'la société civile' », in Marine DELASSALLE et Didier GEORGAKAKIS (dir.), *La 'nouvelle gouvernance européenne'. Genèse et usages politiques d'un Livre blanc*, PUS, 2007, p. 235-253 et Hélène MICHEL, « La 'société civile' dans la 'gouvernance européenne'. Éléments pour une sociologie d'une catégorie politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007, p. 30-37.

et sa place dans le système européen. La vision large de la « société civile » est ainsi contestée par des ONG³⁶, qui refusent d'être mises dans la même catégorie que les intérêts industriels, mais aussi par les partenaires sociaux et les « groupes de cause », déjà en relation avec la Commission, qui voient d'un mauvais œil l'ouverture à de nouveaux acteurs, quels qu'ils soient. Il y a donc, pour reprendre les termes d'Hélène Michel, des « *lutttes permanentes pour la définition tant des contours que du contenu de la société civile* » et ces luttes sont révélatrices d'une concurrence entre groupes d'intérêt pour l'accès à la Commission européenne. La question de la transparence alimente des logiques de positionnement très similaires, l'enjeu étant ici à la fois la reconnaissance comme groupe respectable et la définition des contours des catégories de « lobby » et de « lobbying ». Deux controverses illustrent très directement ce phénomène : la première est interne à ALTER-EU, la seconde est alimentée par un autre collectif. Elles montrent aussi comment le combat pour plus de transparence peut se retourner contre ceux qui le mènent.

La portée du principe de transparence a donné lieu à des tensions et des oppositions au sein même du collectif ALTER-EU. Celles-ci montrent comment la transparence s'inscrit dans une lutte pour la reconnaissance comme groupe d'intérêt légitime, dont la définition peut varier au sein même d'un groupe menant un combat commun. C'est notamment l'inscription au « registre de transparence » qui a divisé le collectif³⁷ : certaines associations étaient pour, d'autres contre. Les « pro-inscription » étant celles qui dominent le comité de pilotage, elles ont fait inscrire ALTER-EU sur ce registre mais nombre d'ONG, françaises en particulier, étaient contre et ont refusé de s'inscrire sur ce registre, pour ne pas être assimilées aux lobbies financiers et ne pas légitimer leurs modes de faire. Ainsi, se crée une coupure entre ceux qui jouent le jeu du « lobbying transparent » et les autres, qui le refusent pour ne pas rentrer dans la catégorie « lobby » mais qui, de ce fait, apparaissent refuser le principe de transparence, ce qui peut évidemment leur être reproché, comme le laisse supposer la deuxième controverse sur la portée du principe de transparence.

Cet épisode a opposé CEO (*Corporate Europe Observatory*), une composante d'ALTER-EU particulièrement mobilisée sur les questions de lutte contre les lobbys industriels et financiers³⁸, et EPACA (*European Public*

36 Cf. notamment les prises de position du Forum permanent de la société civile et du CEDAG (Comité européen des associations d'intérêt général).

37 Cette dissension interne est évoquée par Laurence Jourdain dans sa communication à la journée d'études « *L'Europe et ses opposants. Vingt ans d'engagements souverainistes et alter-européens en France (1992-2012)* », *op. cit.*

38 Son slogan est « *Exposing the power of corporate lobbying in the EU* » (voir : <http://corporateeurope.org/>). L'organisation publie notamment un guide du lobbying d'entreprise à Bruxelles (le *Lobby Planet*).

Affairs Consultancies Association). Cette dernière représente les sociétés de conseil en « affaires publiques » qui travaillent avec les institutions européennes³⁹, autrement dit les lobbyistes professionnels. EPACA a accusé un membre de CEO de manquer au principe de transparence pour avoir contacté le président de l'agence de relations publiques Burston-Marsteller en se faisant passer pour un journaliste et en cachant son affiliation à CEO. Ce qu'il est intéressant de noter c'est que EPACA fait alors référence au « *code de conduite des représentants d'intérêt* » de la Commission européenne⁴⁰ pour dénoncer cette pratique, qu'elle range dans la catégorie des activités de lobbying, arguant du fait que cette action de CEO vise à influencer les politiques européennes, puisqu'elle lui procure des informations pour dénoncer certaines pratiques. EPACA dénonce par ailleurs au passage le manque de transparence de CEO dans les informations qu'elle fournit sur ses membres dans le « registre de transparence ». Si la plainte d'EPACA a été rejetée par la Commission européenne, qui a notamment mis en avant le fait que le code de conduite ne s'applique qu'aux relations entre les représentants d'intérêt et les institutions européennes, le cas⁴¹ est intéressant dans la mesure où il illustre bien le fait que la question de la transparence est à son tour saisie par les groupes d'intérêt mis en accusation par les associations qui luttent pour plus de transparence, pour dénoncer et délégitimer ces dernières mais aussi pour élargir la définition du lobbying.

La façon dont la question de la transparence est mobilisée dans le cadre du système politique européen montre à quel point la défense de la transparence ne répond pas seulement à un idéal mais s'inscrit aussi dans des configurations politiques et sociales particulières. D'un côté, la genèse de la politique européenne de transparence peut être lue comme une réponse de la Commission européenne à un déficit de légitimité : en effet, l'objectif de « rendre le mode de fonctionnement de l'union plus transparent » apparaît en 2001 dans le *Livre blanc sur la gouvernance*, dans lequel l'amélioration de la gouvernance européenne est présentée comme nécessaire face aux constats de manque d'adhésion des populations au projet européen. D'un autre côté,

39 « *The European Public Affairs Consultancies Association (EPACA) is the representative trade body for public affairs consultancies working with EU institutions.* » (<http://www.epaca.org/>, consulté le 27 mars 2013).

40 COM(2008)323final : *Cadre régissant les relations avec les représentants d'intérêt (code de conduite et registre)*.

41 Sur cet épisode, v. : EPACA's *Statement concerning the Commission's response to EPACA's complaint about Corporate Europe Observatory's untransparent lobbying* (<http://www.epaca.org/about-epaca/what-epaca-stands-for/statements-position-papers>) et *EPACA complaint against CEO dismissed* (<http://corporateeurope.org/pressreleases/2010/epaca-complaint-against-ceo-dismissed>).

l'émergence de collectifs et d'associations luttant pour l'amélioration de la transparence du fonctionnement du système politique européen, notamment en matière de lobbying, apparaît à la fois comme une forme d'accompagnement et de contrôle de cette politique de transparence et comme le révélateur de luttes de légitimité entre différents groupes d'intérêt. Pour ALTER-EU, la transparence est en effet un combat qui permet de délégitimer la participation de certains groupes d'intérêt au processus de décision européen en révélant leur poids prépondérant et les conflits d'intérêt dont ils sont porteurs. Par ailleurs, l'idéal de transparence est aussi saisi par des groupes œuvrant pour la défense de certains intérêts auprès de la Commission pour dénoncer les pratiques d'un adversaire. Cet usage est d'ailleurs facilité par la codification du principe de transparence par la Commission européenne, dont les « *codes de bonne conduite* » servent de référence pour juger certaines pratiques.

Transparence et politique de l'environnement

Jacqueline MORAND-DEVILLER

Traiter ce sujet dans les années 1970-1980 incitait à user d'un ton polémique propre à dénoncer les insuffisances manifestes de la transparence, de la concertation et de la participation, en élevant le débat sur la nouvelle démocratie citoyenne.

Traiter de ce sujet aujourd'hui conduit plus simplement à recenser les avancées du droit positif dans le domaine particulier et essentiel de la protection environnementale. Le constat est alors le suivant : au trop peu a succédé le trop plein. La formule triviale est délibérément triviale, excessive et ouverte à la critique.

L'irrésistible essor du droit de l'environnement, sa progression obstinée, ses liens avec le droit de l'aménagement et de l'urbanisme puis avec le droit de la santé sont l'un des facteurs premiers de la lente mais elle aussi irrésistible progression de la transparence administrative et de ses acolytes, la concertation et la participation. Ici comme ailleurs, l'environnement révélateur, contaminateur, donne l'impulsion aux autres droits.

La prise de conscience de la gravité des menaces, les progrès des moyens de communication et l'action des associations de défense, particulièrement dynamiques en ces domaines, a conduit à l'ébranlement du secret et à l'attaque frontale d'une confortable tradition de l'administration française.

L'environnement a profité de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs dont l'objet très large était d'améliorer les relations entre l'administration et le public. On observera que l'expression

« public » a été par la suite abandonnée pour celle d'usagers (décret du 28 novembre 1983) ou de « citoyens » (loi du 12 avril 2000), alors que certains réclament actuellement son retour.

La loi de 1978, complétée par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs, est une étape décisive : le citoyen peut obtenir, à coût modeste, la copie de tout document administratif non nominatif et des informations éventuellement nominatives contenues dans un document dont les conclusions lui sont opposées. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) doit être saisie préalablement au juge. Cette loi profite encore largement à l'environnement ce qui n'est pas sans créer quelques problèmes, comme on le verra par la suite.

Si l'on suit la chronologie, il faut patienter une dizaine d'années pour que la transparence s'affirme. En 1987, trois conseillers d'État, Bernard Stirn, Noëlle Lenoir et Bruno Lasserre, dans leur ouvrage sur *La transparence administrative*, ne cherchent pas à dissimuler « *les insuffisances, les résistances et les attentes non satisfaites* », tout en prenant acte des progrès accomplis. Le président Guy Braibant, dans sa préface, souligne les « *pratiques frileuses et la difficulté de passer de la transparence formelle à la transparence réelle* ».

La transparence en matière environnementale n'avait pas encore explosé. Le seul progrès notable se rencontrait dans la première – et aussi la dernière – grande loi générale sur la protection de la nature, celle du 10 juillet 1976, avec l'obligation d'une étude d'impact pour les projets d'aménagement susceptibles de porter atteinte à l'environnement. La France qui prenait modèle sur les USA et leur loi sur l'impact statement était, à cet égard, pionnière en Europe.

Les choses ont évolué assez lentement dans la décennie suivante et on peut se poser la question de savoir si la décentralisation de l'urbanisme, en 1983, et celle de l'aménagement urbain, en 1985, ont eu une réelle influence. Autrement dit, la non-transparence serait-elle liée à la centralisation ? La réponse paraît être négative dans le domaine de l'urbanisme car la résistance des élus de la commune à ouvrir leurs dossiers et à communiquer est au moins aussi grande que celle des fonctionnaires des bureaux des ministères ou des préfectures. D'une manière générale, l'urbanisme ne s'est doté de grands principes éthiques qu'en les empruntant à l'environnement et peu importe : l'essentiel est que ces principes aient essaimé largement. La décennie décisive est celle des années 1990-2000 avec la reconnaissance d'un droit à l'information environnementale et la mise en œuvre d'une démocratisation des enquêtes publiques par la loi Barnier du 2 février 1995.

L'impulsion dans la reconnaissance en France d'un véritable droit à l'information en matière environnementale est venue de l'extérieur, c'est-à-dire des grandes conventions internationales. Il conviendra de les rappeler, d'évoquer les résistances nationales pour les transposer, puis la soumission,

et désormais, la situation inversée, avec la multiplication de réglementations spécifiques mais aussi le risque d'enchevêtrements préjudiciables à la clarté de l'information : progrès de l'information mais entraves à la transparence. Après avoir traité de la consécration du droit à l'information et à son accès (I), on analysera les entraves à une réelle transparence (II). Plus subtil un autre plan eût été possible qui aurait distingué entre les quatre aspects de la transparence : l'obligation de publicité, l'obligation d'accessibilité, l'obligation d'information active et l'obligation de vérité. Mais il aurait été difficile à suivre tant les distinctions sont ténues¹.

I. LA CONSÉCRATION DU DROIT À L'INFORMATION ET À SON ACCÈS

A. *L'impulsion des conventions internationales*

Comme il a été dit, le mouvement de résistance à l'opacité des décisions administratives fut lancé par les conventions internationales, et, sans remonter plus loin dans le passé, on pourrait choisir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comme premiers repères. Très sensiblement élargi, le droit à la liberté d'expression (art. 10 de la Convention) est entendu non seulement comme le droit d'exprimer ses opinions individuelles, mais aussi comme la liberté de recevoir des informations et des idées (arrêt *Autronic*, 1990) et comme la liberté de les communiquer (arrêt *Groppera Radio*, 1990), ce qui suppose que soient assurés la libre circulation des supports de l'information et le libre accès à tous des moyens techniques de communication. La Cour refusera toutefois de consacrer une obligation d'information positive de collecte et de diffusion au public des risques industriels (arrêt *Guerra c. Italie*, 1998) ; elle déplacera l'affaire sur l'article 8 et l'atteinte au respect de la vie privée et familiale.

S'agissant de l'environnement, la Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies qui s'est tenue à Stockholm en 1972 – proclamation solennelle et lyrique de grande envergure – ne fait qu'évoquer de manière très

¹ Parmi les nombreux écrits sur cette question on retiendra. Bénédicte DELAUNAY, « Information et participation du public en matière d'environnement », in *Mélanges Yves JEGOUZO*, Dalloz, 2009 ; Florence JAMAY, « Droit à l'information », *Juris-Class. Environnement*, fasc. 2430 ; Yves JEGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », in *Mélanges Michel PRIEUR*, Dalloz, 2007 ; Michel PÂQUES et Michaël FAURE (dir.), *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne* et, en particulier, l'article de Michel PRIEUR « Information et participation du public, influence du droit international et du droit communautaire », Bruylant, 2003.

générale la nécessité des échanges d'information et de leur libre circulation (principe 20), mais elle inspirera la rédaction de nombreuses conventions spécifiques.

Il faut attendre 1992, vingt ans plus tard, et la Conférence de Rio, « sommet de la terre », pour que son 10^{ème} principe consacre à la fois la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient, et le droit de chaque individu d'avoir « *dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses* ». Le lien intime entre information et participation est affirmé : « *Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci* ». Il sera régulièrement rappelé par la suite qu'il n'y a pas de participation possible sans information préalable, mais que l'information n'est pas nécessairement suivie de participation. Vingt ans plus tard, « Rio+20 » n'apporte rien de nouveau en la matière.

Était-ce nécessaire ? Un pas décisif avait été franchi avec la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, ratifiée par la France en 2002. Le droit à l'information se renforce : les autorités publiques ont l'obligation de collecter et de diffuser l'information le plus largement possible, notamment par le réseau Internet, et de guider, assister, former les personnes dans la recherche d'information ; droits à minimums qui peuvent être complétés par l'établissement de règles plus rigoureuses. Le public sera informé des différents recours s'offrant à lui en cas de refus de communication de l'information environnementale.

Les motifs de refus doivent être interprétés de manière restrictive et en évaluant dans chaque cas si l'intérêt général est ou non mieux servi par la divulgation de l'information. La santé appartient au domaine de l'environnement et la Convention reconnaît un droit à l'information plus large que le droit d'accès à l'information, préféré par le droit français.

Dans les années 1990, le droit communautaire se préoccupe aussi de l'accès à l'information en matière environnementale. La directive 90-313 du 7 juin 1990 proclame que « *les États membres font en sorte que les autorités publiques soient tenues de mettre les informations relatives à l'environnement à la disposition de toute personne physique ou morale qui en fait la demande* » ; information encore passive puisque l'administration n'intervient que si une demande lui est adressée.

La France se montrera réticente à la transposition. Prenant prétexte de ce que la loi de 1978 donnait des garanties suffisantes, elle se refusera longtemps à transposer la directive de 1990 et ne s'y résoudra qu'en 2001 avec près de dix ans de retard, ce qui lui vaudra une condamnation par la Cour de Luxembourg, dans l'arrêt du 26 juin 2003, *Commission c. France*. Cette

directive a été remplacée par celle du 28 janvier 2003 et le retard de transmission sera moindre puisqu'elle sera transposée par la loi du 26 octobre 2005, mais après que la France a fait l'objet d'un avis motivé, la date limite étant le mois de février...

B. La consécration en droit français : droit d'accès et droit d'être informé ?

Dès la loi de 1978, cette double approche est perceptible puisque sont reconnus « *le droit de toute personne à l'information* » et, un peu plus loin, « *la liberté d'accès aux documents administratifs* ».

Le choix entre les deux manières de concevoir la transparence n'est pas innocent. Améliorer l'accès à l'information entraîne la mise en place de garanties procédurales destinées à faciliter la communication des données que l'on détient. Le droit d'être informé est plus fondamental. Il impose à l'administration une véritable obligation active et spontanée de « produire » de l'information et, ici encore, l'environnement se montre précurseur.

Si l'on a choisi le « et » et non le « ou » pour présenter les deux approches, c'est parce qu'à l'heure actuelle, même si la plupart des textes nationaux s'en tiennent au droit d'accès, les procédures mises en œuvre et la pratique vont dans le sens de l'information active. L'une des raisons est le lien intime noué par la Convention d'Aarhus entre information et participation.

Il en est ainsi de la loi Barnier du 2 février 1995, reprise à l'article L 110-1 ouvrant le Code de l'environnement, qui énonce un « *principe de participation* », selon lequel « *chacun doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses* ». Certes, seul le droit d'accès est évoqué, mais, comme il est intimement lié à la participation élevée au rang d'un principe général du droit de l'environnement, il est sous-entendu que l'information n'a pas besoin d'être sollicitée et doit être produite spontanément.

Les mêmes observations peuvent être faites à propos des lois de transposition des directives européennes et de la Convention d'Aarhus : il en est ainsi de la loi du 26 octobre 2005 et de son décret du 22 mai 2006 qui insèrent dans le Code un chapitre relatif au droit d'accès à l'information relative à l'environnement (art L 124 et R 124 et s.).

Quant à la consécration suprême dans la Charte de l'environnement, l'article 7 de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 dispose que « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques* » ; droit, ici encore, intimement lié à celui de participation et qui s'inscrit dans celui plus large du droit à l'environnement reconnu à l'article 1^{er}.

Certains ont pu regretter que la Charte ne prenne pas mieux en compte l'aspect actif et productif de ce droit, afin de se conformer aux prescriptions des articles 4 et 5 de la Convention d'Aarhus. Toutefois, outre l'obligation d'épuration dans un texte constitutionnel à laquelle la longue Convention n'avait pas à souscrire, on peut estimer que l'interprétation qui sera faite par les juges ira dans le sens d'une acception généreuse du droit d'être informé et d'une obligation pour l'administration de transparence active.

On observera que l'article 7 consacre un « droit », à la différence de la plupart des dix articles de la Charte qui, fort opportunément, retiennent des devoirs. Du reste, proclamer le devoir de chaque citoyen de s'informer et de participer eût été impossible. La recherche de l'information reste libre comme l'est la volonté de participer à la chose publique. Les procédures tendant à encourager la participation se sont développées – sans hélas se simplifier (v. la réforme des enquêtes publiques par Grenelle 2) – mais le taux de participation reste le plus souvent faible (v. la pratique des enquêtes publiques). L'engagement citoyen à la défense de la chose publique et le dévouement généreux qu'il impose ne mobilisera jamais qu'une minorité, les majorités se rassemblent davantage pour la revendication de droits que pour l'accomplissement de devoir.

La Charte ne retient pas un devoir de concertation incombant aux personnes publiques mais il est implicite, intimement lié à la transparence pour une parfaite connaissance des éléments du débat et à la participation. Bien des progrès restent à faire pour convaincre les fonctionnaires et les élus que plus forte aura été la concertation et la participation citoyenne à l'élaboration de la décision meilleure sera-t-elle...

L'information est liée à d'autres droits fondamentaux, en particulier la prévention et la précaution, information active et spontanée sur les risques naturels et technologiques, prévisibles et imprévisibles. L'administration et les entreprises ont enfin pris conscience de l'utilité d'une information loyale et claire qui ne cache pas la gravité du risque et les précautions à prendre. Faute de l'avoir compris, l'administration par sa volonté d'occulter les risques dans des affaires aussi graves que celle de l'amiante a conduit à reconnaître la responsabilité des personnes publiques et au versement d'indemnités particulièrement lourdes à supporter.

Domaine pionnier où le droit à l'information passive puis active a fait les avancées les plus remarquables depuis une vingtaine d'années², le droit à l'environnement pourrait s'apprécier comme emblématique et exemplaire. Il faut hélas nuancer ce constat de satisfaction car si l'on s'interroge sur l'effec-

² La liste des documents communicables n'a cessé de s'allonger. Une initiative originale tendait à rendre obligatoire un « étiquetage » des produits financiers afin de mesurer l'engagement environnemental des banques et orienter le choix des épargnants. Les Caisses d'épargne avaient mis au point ce système en 2008, mais il n'y eût pas de suite.

tivité de ce droit et sur la réalité pratique de la transparence les progrès sont beaucoup moins évidents.

II. LES ENTRAVES À LA TRANSPARENCE

Le compromis est une nécessité qui s'impose aussi aux politiques environnementales : si la transparence est une ardente obligation, le secret l'est parfois aussi, et les entraves à la transparence ne sont pas à rechercher dans le maintien des secrets mais dans l'inflation des textes et dans l'existence de trop nombreux régimes spécifiques s'ajoutant au régime général (A). En choisissant la diversité afin de prévoir des modes d'information adaptés à domaine particulier, on a inutilement compliqué les choses et augmenté les risques de contentieux et les difficultés d'interprétation (B). Le trop plein succédant au trop peu est, on l'a dit, le principal problème que connaît aujourd'hui la transparence environnementale. Et on peut par ailleurs s'interroger pour savoir si les réformes apportées par Grenelle 2, dite loi ENE (engagement national pour l'environnement), renforcent ou non la simplification et la mise en cohérence (C).

A. La coexistence entre le régime général et les régimes spécifiques

Le droit d'accès à l'information environnementale trouve ses fondements dans des sources trop diversifiées. La loi de 1978 établit un régime général de communication pour l'ensemble des documents administratifs. Celle de 2005 met au point un régime général propre à l'environnement, qui est traité dans un chapitre particulier du Code. Il faut de surcroît se référer à des textes spécifiques établissant des règles propres à certains domaines.

Le Code de l'environnement conserve la possibilité du recours à la CADA : le droit d'accès s'exerce « *dans les conditions définies au titre I de la loi de 1978 [...] sous réserve des dispositions du présent chapitre* » (art. L 124-1 du Code de l'environnement). L'urbanisme (13 %) et l'environnement (7 %) sont des domaines importants de l'activité de la CADA, ce qui atteste de la confiance faite à un mécanisme qui a le mérite de la simplicité et de l'efficacité. Pragmatique et conciliatrice, la CADA considère que lorsqu'une demande porte sur des informations environnementales, il convient de se référer aux dispositions du Code de l'environnement si elles sont plus favorables, et ce, même si elles ne sont pas invoquées par le demandeur.

Un certain nombre de précisions ont été données par la CADA : le droit d'accès porte sur des « informations » et non sur des « documents » ; il s'exerce non seulement auprès des autorités publiques mais aussi de toute personne chargée d'une mission de service public en rapport avec l'environnement, de tout concessionnaire de service public, de tout établissement public ou groupement d'intérêt public ... à l'exception des organismes ou institutions agissant dans le cadre de pouvoirs juridictionnels (article L. 124-3).

Toutefois, cette coexistence entre les deux régimes est à l'origine de difficultés : on constate des différences quant à la perception des terres d'élection du secret, mais aussi des problèmes d'interprétation de certaines notions.

S'agissant des terres d'élection du secret, l'article 6 de la loi de 1978 introduit une série d'exceptions au principe de libre accès dont la plupart sont applicables en matière d'environnement, mais pas toutes, et d'autres cas de refus se sont ajoutés. Les exceptions à la communication sont aussi à rechercher dans d'autres textes : la Convention d'Aarhus (art. 4), la Directive communautaire de 2003 et l'article L 124-4 du Code de l'environnement. L'harmonisation entre ces différents textes ne manque pas de soulever des problèmes.

Dans ses avis, la CADA a adopté une position libérale afin de faire de la communication le principe et du secret l'exception. C'est ce que l'on constate dans le domaine où se manifeste le plus fortement le poids des secrets protégés, celui du secret industriel et commercial. A titre d'exemple, et sans violer le secret d'une séance de la CADA à laquelle j'assistais, je rappellerai la ferme opposition d'une majorité des membres, au nom du secret industriel avancé par l'administration, à la communication du premier inventaire (bien incomplet) des sites pollués que le ministère français venait enfin de réaliser. Après un vif débat et un vote, la communication fut, cependant, admise.

Un autre exemple des difficultés dans l'interprétation des secrets protégés est celui des controverses soulevées par l'information sur la localisation des plantations d'OGM. Le secret ici invoqué concerne l'atteinte à la sécurité publique par la possibilité d'arrachages sauvages. Le contentieux est particulièrement riche : double condamnation de la France par la CJCE en 2003 et 2006 pour non-transposition des directives communautaires ; sanction par le Conseil constitutionnel, le 19 juin 2008, du législateur qui avait méconnu sa compétence en renvoyant au décret alors que la fixation des règles concernant les secrets protégés est du domaine de la loi ; nombreux jugements et arrêts des juridictions administratives au sujet de la précision à apporter quant à la localisation des sites. Le fait que cette question n'entre pas dans le champ d'application de la loi de 1978, puisqu'il existe une loi spéciale et que le régime est traité non par le Code de l'environnement mais par le Code rural (art. L 663-1 : le registre national indiquant la nature et la localisation), complique encore les choses.

S'agissant de la multiplication des régimes spécifiques, il convient de rappeler qu'à l'origine la transparence relevait de régimes également applicables à l'ensemble des projets qu'il s'agisse de l'étude d'impact sur l'environnement en 1976, de la communication des documents administratifs en 1978, de la démocratisation des enquêtes publiques en 1983. Se sont ajoutés par la suite, une multiplicité de régimes spécifiques dans le cadre des lois sur l'eau, la qualité de l'air, les déchets, la dissémination des OGM, les installations classées, les risques naturels et technologiques, la sûreté nucléaire, etc., ce qui a entraîné des procédures d'information différentes dans chaque loi. En donner une vision claire, justifier certaines de ces différences est impossible et l'on peut craindre que la transparence ne pâtisse de cette accumulation qui restreint la lisibilité et multiplie les occasions de contentieux.

La complexité est aussi institutionnelle. Les remaniements réguliers du ministère chargé de l'Environnement (*alias* Écologie ou Développement durable, selon les modes), parfois indépendant, parfois rattaché à une plus grande structure, et l'intervention des services d'autres ministères pour les régimes spécifiques conduisent à un éclatement dans la délivrance de l'information.

L'un des régimes les plus particuliers est celui qui concerne la sécurité nucléaire. Depuis l'accident de la centrale de Tchernobyl, une volonté de transparence se manifeste, qui a contribué à la mise en place, en 1987, d'un Conseil supérieur de sûreté et d'information nucléaire. La loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire³ dispose que « toute personne a le droit [...] d'être informée sur les risques liés aux activités nucléaires et leur impact sur la santé et la sécurité des personnes ainsi que sur l'environnement ». Mais la complexité des procédures est flagrante, marquée par les risques d'enchevêtrements des compétences. L'Autorité de sûreté nucléaire, autorité administrative indépendante, participe à l'information du public, et, le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire, instance d'information, de concertation et de débat sur les risques liés aux activités nucléaires, peut se saisir de toute question relative à l'accessibilité de l'information et proposer toute mesure de nature à garantir ou à améliorer la transparence⁴.

Les activités et installations nucléaires intéressant la défense ne bénéficient pas de ce régime. L'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour

³ La transparence en matière nucléaire est l'ensemble des dispositions prises pour garantir le droit du public à une information fiable et accessible en matière de sécurité nucléaire, c'est-à-dire la sûreté nucléaire, la radioprotection, la prévention, la lutte contre les actes de malveillance. L'État veille à l'information du public sur les risques liés aux activités nucléaires et leur impact sur la santé et la sécurité des personnes ainsi que sur l'environnement (art 1^{er} de la loi du 13 juin 2006).

⁴ Voir Rapport et recommandations du HCTISN rendu en mars 2011 sur le thème « Transparence et secrets dans le domaine nucléaire ».

décider, en dernier lieu, de la déclassification ou non d'un document soumis au secret défense. La levée du secret défense est souvent demandée pour des raisons politiques sans lien avec l'environnement, comme c'est le cas dans l'affaire *Karachi* s'agissant des rétro-commissions. La Charte de l'environnement est invoquée dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 10 novembre 2011. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, il s'est appuyé sur le considérant qui rappelle que la protection de l'environnement « doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » et décide que comme « le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation [...] au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et de l'intégrité du territoire », il peut justifier la non-application de l'article 7 de la Charte⁵.

B. Les pièges de l'interprétation

Devant tant de complexité, la CADA et les juges sont conduits à préciser les modalités de l'information, la qualité des destinataires et des créanciers, le champ d'application de la communication et ses effets juridiques. On en donnera quelques exemples parmi d'autres.

Plus favorable à la divulgation des informations que le régime général, les dispositions spécifiques du Code de l'environnement n'interviennent que lorsqu'il s'agit d'une « information relative à l'environnement » (art. 124-2) dont la reconnaissance revient le plus souvent à la CADA, chargée de choisir lequel des deux régimes, général ou spécifique, sera applicable. La CADA accueille néanmoins généreusement cette notion. Il s'agit de toute information, quelque en soit le support (écrit, visuel, sonore, informatique...), ayant pour objet cinq rubriques : l'état des éléments de l'environnement (eau, air, diversité biologique, paysages...) ; les facteurs, les décisions et les activités (énergie, bruit, rayonnement, déchets, déversements...) susceptibles d'avoir des incidences sur cet état ; les conditions de vie et l'état de la santé humaine ; les analyses des coûts et avantages et enfin les rapports établis par les autorités publiques, ou pour leur compte, sur l'application des normes (ex. : rapports de contrôle des installations classées). Ce n'est donc qu'au prix d'une clarification, au cas par cas, que la frontière entre les deux régimes se précise peu à peu.

Une autre difficulté d'interprétation tient à l'obligation de rechercher s'il y a présence ou non d'une activité de service public en rapport avec l'environnement (art. L 123-4), ce qui exclut du bénéfice de l'information les

⁵ CC, DC n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres*, AJDA, 2011, 2206 ; D. 2011, 2721, édito Frédéric ROME ; JCP, G, 2012, p. 309-313, Agathe LEPAGE ; *Droit pénal*, n° 12, 2011, p. 36-37, Marion HAAS et Albert MARON.

personnes publiques ou privées qui n'exerceraient pas cette activité. Cette exigence avait conduit à refuser la communication de documents relatifs à la centrale nucléaire de Fessenheim, EDF intervenant en dehors de sa mission de service public (avis du 8 juin 2006). Cinq jours plus tard, la loi du 13 juin 2006 précitée ouvrait largement la communication. D'une manière générale, la CADA entend de manière extensive la mission de service public (avis du 5 juin 2008 à propos de l'exploitation d'une décharge). La loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 conforte cette position. La CADA reste cependant attachée au critère organique, rappelé, par ailleurs, à l'article 7 de la Charte, et n'étend pas l'obligation de communication, à la différence d'autres pays dont l'Allemagne, aux informations détenues par les tiers.

Un autre exemple des difficultés contentieuses est illustré par le long combat qu'il a fallu mener avant que soit admise, par la loi du 26 octobre 2005, la communication des documents préparatoires, à condition qu'il s'agisse de documents achevés. Ceci rejoint les dispositions internationales et est une exception à la loi de 1978. Revendiquée par les associations de défense, cette mesure est importante car elle permet, notamment, une concertation qui pour être réussie doit intervenir le plus en amont possible : ainsi, les études préparatoires à l'élaboration d'un plan local d'urbanisme doivent être communiquées sans attendre l'enquête publique ni l'adoption du projet de PLU, dès lors que ces informations sont achevées.

Bien des questions restent controversées du fait de l'obscurité de certaines notions. Comment interpréter la qualité « d'autorités publiques » seules débitrices de l'information, selon la Directive de 2003 ? Dans un arrêt rendu le 14 février 2012, à propos des autorités agissant dans le cadre de la procédure législative, la Cour de justice de l'Union européenne précise qu'il s'agit « *du gouvernement ou de toute autre administration publique* » ce qui n'est guère plus limpide. Comment distinguer entre les articles de la Convention d'Aarhus ceux qui sont d'application directe en droit interne (§ 1, 2, 3, 7 de l'article 6) et ceux (§ 6, 4, 8 et 9) qui ne le sont pas, et qui concernent surtout, il est vrai, la mise en œuvre de la participation ? Quel est l'effet d'une information sur la décision lorsqu'elle doit seulement être « prise en compte » ou en « considération » ? Comment différencier une information mise à disposition et non détenue ? Comment faire le partage entre l'intérêt pour l'environnement de divulguer ou de ne pas divulguer, la globalité de cet intérêt ayant été reconnu par la CJUE, dans un arrêt du 28 juillet 2011 ?

La diversité des sources et des procédures a pour effet de multiplier les occasions de contentieux tant l'omission, l'insuffisance et l'erreur sont possibles. Quant à la « vérité » de l'information, elle repose souvent sur les conclusions des expertises. Il convient, une fois de plus, d'attirer l'attention sur la nécessité de garantir la compétence, la neutralité et la fiabilité des

experts et l'urgence de mettre fin aux conflits d'intérêts qui défrayent trop souvent la chronique.

C. Les progrès de la transparence avec Grenelle 2 ?

Modèle de concertation à partir d'une information largement ouverte, le Grenelle de l'Environnement a-t-il fait progresser la transparence ? Les décrets d'application de la loi ENE du 12 juillet 2010, en ce qui concerne l'information et la participation du public traitées dans le dernier titre intitulé « la gouvernance », sont enfin intervenus. Il s'agit du décret du 29 décembre 2011 portant réforme de l'étude d'impact et du décret du même jour portant réforme de l'enquête publique⁶. Leurs dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} juin 2012. Elles ont notamment pour objet de mettre un peu d'ordre dans la procédure d'étude d'impact et dans celle d'enquête publique. La transparence sort-elle renforcée de ces réformes ?

En ce qui concerne l'étude d'impact, il s'est agi, tardivement, d'une mise en conformité avec le droit communautaire, notamment la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Le décret du 29 décembre 2012 apporte un certain nombre de réformes souhaitées depuis longtemps.

Contrairement à l'esprit de la loi du 10 juillet 1976 selon laquelle l'étude d'impact était la règle et la dispense l'exception, le décret d'application du 12 octobre 1977 retenait le contraire et réduisait le champ d'application de l'étude d'impact en l'excluant en deçà d'un certain seuil financier, élevé, en 1993, à 1,9 millions euros. Désormais, le seuil financier automatique disparaît, remplacé par des seuils techniques et la possibilité d'étude d'impact au cas par cas. Le régime des installations classées tombe dans le droit commun, le contenu de l'étude d'impact s'enrichit de nouveaux éléments et une mise à disposition du public est prévue pour renforcer la concertation et éviter que l'étude ne soit une justification *a posteriori* du projet ou même une publicité en sa faveur par le maître d'ouvrage. Le bien-fondé de ces réformes n'est pas contestable mais le régime n'en sort guère simplifié. Les projets, travaux et ouvrages obligatoirement soumis à étude d'impact sont listés, soit 52 catégories réparties en 9 classes, auxquels s'ajoutent les « cas par cas ». Il faudra distinguer entre les projets réalisés de manière simultanée et ceux dont la programmation est échelonnée, et interpréter la notion

⁶ V. *Le Grenelle II commenté*, et plus particulièrement Nathalie WOLFF, « La gouvernance », Éd. Le Moniteur, 2011.

d'« unité fonctionnelle ». Le contentieux a de beaux jours devant lui, même si, en cas d'étude d'impact insuffisante, un recours administratif obligatoire a été prévu.

En ce qui concerne l'enquête publique, la mise en ordre, espérée depuis longtemps, a enfin abouti. La suppression des enquêtes spéciales va dans le sens de la simplification puisque l'on est passé de cent quatre-vingts à deux grands types d'enquêtes : celle de droit commun et celle environnementale. Mais, les exceptions subsistent et les pouvoirs renforcés du commissaire enquêteur peuvent donner lieu à contestation s'il commet des erreurs.

Plusieurs réformes ont pour objet de renforcer l'information et la participation en matière d'environnement : prolongement possible de l'enquête d'une durée de 30 jours par le commissaire enquêteur ; dossier enrichi de nouvelles pièces ; allongement des permanences du commissaire enquêteur (en soirée, lors des jours fériés, des samedis et dimanches) et surtout accès à l'information ouvert à toute personne à sa demande.

Si le droit à l'information, désormais constitutionnalisé en matière environnementale, pourrait avoir une effectivité remarquable, la transparence reste entravée à la fois par l'incompétence des rédacteurs de textes à remplir leur devoir d'intelligibilité et par des prés carrés où le secret s'impose mais dont les frontières sont souvent indécises. Les progrès escomptés des nouvelles technologies peuvent accomplir des miracles et rien n'interdit de penser qu'ainsi ragaillardie par la transparence, la participation aux débats et aux décisions publiques puisse devenir un devoir civique librement et fièrement accompli. Environnement « éveilleur de conscience ».

La transparence dans les politiques sanitaires

Maryse DEGUERGUE

347

La transparence dans les politiques sanitaires est un besoin âprement ressenti par la population depuis les crises sanitaires, notamment depuis l'affaire du sang contaminé. Celle-ci a contribué à ce que la défiance le dispute à la confiance, non seulement dans les rapports entre médecins et patients, mais aussi dans les choix de politique publique de santé effectués par l'État. S'est exprimé le besoin de comprendre d'abord, de savoir ensuite, pourquoi des défaillances graves au devoir de protection de la santé s'étaient produites ; le besoin enfin d'être rassuré pour que de tels manquements ne se reproduisent pas. Le manque de transparence a pu être implicitement considéré comme à l'origine de l'affaire. Ainsi un auteur a écrit que « *La structure du dispositif transfusionnel était opaque. Le silence de l'institution médicale s'est sans doute enraciné dans la chambre noire de l'expertise* »¹.

Il est extrêmement difficile de définir la transparence, au surplus dans un domaine, celui de la santé, où le paternalisme médical a longtemps constitué un obstacle à l'information des malades. De manière générale, on peut affirmer que la transparence n'est pas une notion juridique, mais un terme emprunté à la science administrative qui traduit une exigence des usagers du système de santé, considérés de plus en plus comme des citoyens participant à la prise des décisions collectives de santé publique et consentant aux décisions individuelles concernant leur propre santé. Ainsi, « *La transparence vise*

¹ Didier TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, 2002, 2^e éd., p. 113.

à dissiper le mystère qui entoure l'administration, en donnant à l'administré la faculté de comprendre la logique qui commande les gestes administratifs »². De manière plus précise, la transparence apparaît davantage comme un objectif, qui prend parfois des allures de slogan, pour combattre la culture du secret de l'administration. C'est d'ailleurs par opposition au secret professionnel en matière médicale que la transparence a gagné du terrain dans l'intérêt de la santé publique et de la protection sociale³. Elle est aussi progressivement devenue une revendication que l'administration accepte d'entendre pour légitimer son action.

Dans le vocabulaire courant, la transparence est une qualité qui rend visible quelque chose au travers d'une autre qui est prise comme filtre. Ce filtre laissera ou non passer la lumière. Dans le domaine des politiques sanitaires, il s'agira donc de rendre visible pour ses destinataires l'action publique intéressant la santé. Quant au filtre, il peut se révéler de différentes natures : la qualité des services rendus, la délivrance d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, la négociation d'un contrat ou encore simplement la relation entre le service de santé et le patient. L'importance du filtre est remarquable ici car il sert de focale, si l'on peut dire, qui va permettre de grossir ou de réduire la vision que le citoyen aura des politiques sanitaires, qui seront, selon les cas, lisibles, compréhensibles, adaptées aux besoins, ou au contraire obscures, contradictoires, inadaptées. La transparence dans les politiques sanitaires a donc vocation à remplacer l'opacité et l'illisibilité traditionnelles de celles-ci. Toutefois, penser que l'administration de la santé devienne « une maison de verre », qui éclaire parfaitement les politiques sanitaires qu'elle décide et/ou applique, paraît totalement utopique. C'est la raison pour laquelle il semble préférable de réfléchir sur la transparence dans les politiques sanitaires plutôt que sur la transparence des politiques sanitaires.

La question peut être posée de savoir si, abstraction faite de la difficulté à appréhender sa signification, la transparence est un droit ou un principe. Certains auteurs ont fait du « droit à la transparence administrative » un véritable droit subjectif des administrés⁴, d'autres de l'obligation de transparence une exigence contraignante pour l'administration dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la démocratie sanitaire⁵. Pourtant, force est de

2 Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis », 1994, 2^e éd., p. 420.

3 C'est l'évolution retracée par le Conseil d'État dans son rapport public pour 1995, consacré de façon plus générale à ces deux notions : *La transparence et le secret*, EDCE, n° 47, 1996, plus particulièrement p. 96 à 102.

4 En ce sens, Yves JEGOUZO, « Le droit à la transparence administrative », EDCE, n° 43, 1991, p. 199 et s., voir p. 221.

5 En ce sens, Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll. « Thémis », 2007, p. 356.

constater qu'aucun recours devant le juge administratif ou judiciaire ne peut raisonnablement être fondé sur la violation d'un droit à la transparence en matière de santé. Tout au plus, c'est le non-respect du droit à l'information et à la communication de documents administratifs qui peut être contesté. Par conséquent, l'exigence de transparence, si elle ne peut être complète, paraît du moins un objectif susceptible d'être partiellement atteint par le biais de l'information du public. Mais inversement, le développement de la politique d'information des administrés, dans le cadre de l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés, à partir des années 1970, a été « associé » à la transparence administrative⁶. Droit à l'information individuelle ou collective et transparence sont donc intimement liés, comme la cause et l'effet, sans que l'on puisse déceler avec certitude le sens de la relation causale qui se noue entre les deux. C'est ainsi que l'on peut admettre aujourd'hui l'existence d'un principe de transparence qui implique la consécration d'un droit à l'information des patients, caractéristique de la démocratie sanitaire⁷, dès lors qu'il est précisé que l'accumulation de plusieurs obligations d'information a nourri progressivement l'émergence du principe.

Cependant, la transparence dans les politiques sanitaires n'intéresse à proprement parler qu'indirectement le droit individuel à l'information, étant donné qu'elle concerne au premier chef les aspects collectifs et les choix politiques de santé publique de l'État. La transparence apparaît donc davantage comme un principe de bonne administration publique qui exige que les politiques sanitaires soient élaborées, appliquées et évaluées en toute transparence dans le cadre plus large de la démocratie administrative, et non pas dans celui, plus strictement entendu, de la démocratie sanitaire. Le terme même de politiques sanitaires peut prêter à discussion. Depuis 2004 sont listés dix secteurs, sans qu'ils soient hiérarchisés, concernés par la politique de santé publique⁸. Certaines politiques sanitaires sont générales, telles la politique d'accès aux soins sur l'ensemble du territoire, la politique de qualité des soins ou plus globalement du système de santé et de la sécurité sanitaire, ou encore la politique de prévention et d'éducation à la santé ; d'autres sont plus ciblées, telles la politique de l'accueil et du traitement des personnes âgées dépendantes ou handicapées, la politique d'autorisation et de contrôle des médicaments ou encore la lutte contre certaines maladies graves, rares ou certaines addictions. Il ne peut être question de traiter, dans le cadre restreint de cette contribution, de la transparence de toutes ces politiques, qui ne

⁶ V. sur cette évolution, Bénédicte DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, LGDJ, BDP t. 172, 1993, p. 410.

⁷ Sur cette question, Géraldine AIDAN, « De la démocratie administrative à la démocratie sanitaire dans le secteur public de la santé », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 139 et s., voir p. 144.

⁸ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, qui introduit cette liste à l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique.

serviront qu'à illustrer le propos. En tout état de cause, la qualification de principe pour désigner la transparence dans les politiques sanitaires⁹ semble mieux correspondre à la dimension collective de ces dernières, ce qui autorisera à écarter de la réflexion le droit individuel à l'information des patients, bien qu'il concrétise une certaine forme de transparence en matière de santé.

Dans cette perspective collective, on peut affirmer que la transparence s'est accrue au fil des crises sanitaires : l'affaire du sang contaminé a suscité en 1998 la création d'agences de sécurité sanitaire, puis l'affaire du Médiateur, en 2010, a été à l'origine de la restructuration de ces agences, dont l'action a été jugée insuffisante. La transparence apparaît donc comme un processus continu qui tend vers la recherche de toujours plus d'efficacité. Elle a sans doute aussi une connotation morale qui répond à l'exigence démocratique de faire la lumière, sinon de révéler la vérité, sur des défaillances du système de santé, et de tenter d'y remédier par souci de justice. Trois évolutions notables affectent, à notre sens, la transparence appliquée aux politiques de santé : tout d'abord, après avoir été acceptée, voire voulue, par l'administration qui contrôlait ses manifestations, il semble que la transparence échappe au moins en partie au contrôle de l'administration avec le développement d'Internet ; ensuite, la transparence suppose que l'information soit accessible et compréhensible pour le plus grand nombre, alors que les questions de santé publique nécessitent une expertise scientifique toujours plus complexe, qui peut se trouver concurrencée par une expertise sociétale, dans laquelle les groupes d'intérêts peuvent s'immiscer ; enfin, la transparence en matière de santé, comme la prévention, peut être décelée partout et nulle part, en ce sens que, paradoxalement, elle ne figure pas dans des textes essentiels concernant la santé¹⁰, alors qu'elle peut faire l'objet même d'une loi qui ne concerne qu'à titre incident la sécurité sanitaire¹¹.

La question se pose donc de savoir si la transparence dans les politiques sanitaires est soit évidente, soit insuffisante, soit encore inaccessible, pour que le législateur, comme la doctrine du reste, la taise largement. Bref, la transparence est fuyante dans ce domaine, du moins elle entretient autour d'elle un certain flou du fait qu'elle est souvent invoquée, mais rarement saisissable dans les textes. Elle ne reflète pas avec précision l'état des politiques sanitaires et le système de santé qu'elle renvoie. Il apparaît donc que si la transparence peut être comparée à un miroir qui reflète les exigences des

⁹ En ce sens, Didier TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰ La transparence ne figure ni dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, ni dans la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST), ni dans le Plan Hôpital 2007.

¹¹ Par exemple la loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire ou la loi du 25 juin 2008 sur les organismes génétiquement modifiés.

politiques sanitaires (I), elle est aussi un miroir déformant, donnant à voir la complexité du système de santé (II).

I. LA TRANSPARENCE, MIROIR REFLÉTANT LES EXIGENCES DES POLITIQUES SANITAIRES

La difficulté à cerner la transparence en matière de santé n'est pas niable : elle apparaît comme un composite de plusieurs obligations qui concourent à rendre plus lisibles les politiques sanitaires, en principe dominées par la recherche de la meilleure sécurité qu'il est possible d'atteindre. Matériau composite (A), la transparence est aussi une composante essentielle de la sécurité sanitaire (B).

A. La transparence, composite de plusieurs obligations sanitaires

La transparence suppose à la fois l'information sur les politiques sanitaires, notamment l'offre de soins et les tarifs applicables, mais aussi la participation des destinataires de ces politiques à la détermination de leurs besoins. La loi du 4 mars 2002 a constitué une étape décisive dans la reconnaissance d'une démocratie sanitaire, par laquelle des représentants d'associations d'usagers contribuent à l'élaboration des politiques de santé, au sein des conférences régionales et nationales de santé pour l'élaboration des schémas régionaux d'organisation des soins, ou au sein des instances hospitalières et de santé publique. Il est particulièrement remarquable, sinon paradoxal, que ce ne soit pas la transparence de l'État qui figure dans les textes, mais « la transparence de la gestion » des associations d'usagers, pour qu'elles puissent se voir délivrer par l'autorité administrative, sur avis conforme d'une commission nationale, l'agrément indispensable pour participer à la démocratie sanitaire¹². Outre la transparence de leur gestion, est exigée, sans que le mot soit prononcé, la transparence de leurs relations avec les entreprises pharmaceutiques. En effet, depuis la loi HPST du 21 juillet 2009 et à compter de 2010, les entreprises fabriquant et commercialisant des produits de santé doivent déclarer chaque année, avant le 30 juin, auprès de la Haute Autorité de santé, la liste des associations de patients qu'elles soutiennent et le montant des aides de toute nature qu'elles leur ont procurées l'année précédente. La Haute

¹² Article L. 1114-1 du Code de la santé publique (CSP).

Autorité de santé publie les informations déclarées¹³. La transparence, on le voit, n'est pas tant une obligation pesant sur l'État qu'une exigence d'une saine participation des citoyens, ou de leurs représentants, et des acteurs de la santé à la détermination des politiques sanitaires.

Mais la participation de l'ensemble des citoyens est aussi recherchée, par la voie de la démocratie directe, dans le cadre de conférences de citoyens, comme les États généraux de la santé en 1998 qui ont précédé le vote de la loi de 2002 ou encore les conférences qui ont précédé la révision des lois bioéthique en 2007. Le Code de la santé publique prévoit ainsi depuis 2004 que constitue une politique de santé à part entière l'information et l'éducation à la santé de la population et l'organisation de débats publics sur les questions de santé et de risques sanitaires¹⁴. Par ailleurs, l'Institut National de Veille Sanitaire (INVS) organise des auditions publiques sur des thèmes de santé publique¹⁵. L'organisation de débats n'est pas la seule forme de participation envisageable. Dans le même ordre d'idées, une expérience innovante a eu lieu en Franche-Comté en 2010, qui a consisté à interroger par questionnaire les citoyens sur les six territoires de santé de leur région, afin de connaître leurs besoins prioritaires en matière de santé. Le but était d'identifier « *les déterminants de santé* » au niveau infra-régional pour identifier les spécificités de chaque territoire, autrement dit pour adapter l'offre à la demande¹⁶. Il est intéressant, à cet égard, de relever que les représentants des associations d'usagers, et les usagers consultés ainsi directement, retiennent les cinq mêmes priorités et dans le même ordre – disposer d'un logement, se nourrir convenablement, disposer d'un certain revenu, disposer d'une eau de qualité et développer le dépistage du cancer. On conviendra aisément que les trois premières priorités sont d'ordre sociétal plutôt que sanitaire, et que ces résultats prouvent, s'il en est besoin, à quel point la santé est interdépendante des conditions matérielles de vie.

Indépendamment de l'information et de la participation des citoyens aux choix de politique sanitaire, la transparence suppose aussi la révélation des risques sanitaires par des experts scientifiques impartiaux et indépendants. L'impartialité et l'indépendance de l'expertise doivent améliorer la gestion des risques par les décideurs publics, autrement dit ce qu'il est convenu d'appeler la gouvernance des risques sanitaires. Ce sont évidemment des conditions essentielles de la transparence. C'est ainsi que le Haut Conseil des Biotechnologies est chargé, par la loi du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM), de conduire « *une évaluation*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Article L. 1411-1-5° CSP.

¹⁵ Article L. 1413-3-5° CSP.

¹⁶ Pierre-Henri BRECHAT, *Territoires et égalité d'accès aux soins et à la santé*, thèse Paris 2, 2012, p. 47 et 247.

préalable indépendante et transparente des risques pour l'environnement et la santé publique » des OGM. La loi précise que cette évaluation est assurée « *par une expertise collective menée selon les principes de compétence, pluralité, transparence et impartialité* ». De la même façon, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), créée par l'ordonnance du 7 janvier 2010 qui fusionne deux anciennes agences (l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Aliments – l'AFSSA – et l'Agence Française de Sécurité Sanitaire de l'Environnement et du Travail – l'AFSSET), élabore des recommandations de santé publique à partir d'une expertise scientifique indépendante, pluridisciplinaire, collective et contradictoire. Elle a le mérite d'appréhender de manière globale les expositions auxquelles l'homme est soumis dans l'ensemble de son cadre de vie : travail, domicile, alimentation. Elle contribue principalement « *à assurer la sécurité sanitaire humaine dans les domaines de l'environnement, du travail et de l'alimentation. Elle met en œuvre une expertise scientifique, indépendante et pluraliste* ». Or, s'agissant de la sécurité sanitaire, la transparence s'avère rigoureuse : elle exige une impartialité et une indépendance des experts les empêchant de prendre part aux délibérations et aux recommandations de l'organisme auquel ils appartiennent, dès lors qu'ils ont un intérêt direct ou indirect à la question examinée, ce qui n'est pas toujours facile à identifier.

On voit donc que la transparence de l'expertise est apparue progressivement comme une composante de la sécurité sanitaire.

B. La transparence, composante de la sécurité sanitaire

La sécurité sanitaire ne peut être l'ambition des politiques sanitaires que si la transparence assure une évaluation, aussi objective qu'il est possible, des risques présentés par les biotechnologies ou les médicaments, ainsi qu'une évaluation des établissements de santé.

La transparence est effectivement indissociable de la démarche qualité appliquée à la sécurité sanitaire. Les défaillances dans l'évaluation de la sécurité du Médiateur ont suscité la réaction du législateur par le vote de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Cette loi consacre la transparence comme composante de la sécurité sanitaire, en prévoyant un titre premier relatif « *à la transparence des liens d'intérêts* ». C'est bien le défaut de transparence des prises d'intérêts des experts, qui ont évalué les risques présentés par le Médiateur, qui a compromis la sécurité sanitaire de milliers de patients. Cette loi du 29 décembre 2011 impose de façon générale à tous les membres des commissions et conseils d'établir une déclaration d'intérêts, rendue publique et actualisée à l'initiative de l'expert. La transparence,

prescrite par cette loi, va jusqu'à imposer la publicité des séances des instances collégiales d'expertise¹⁷.

Cette congruence entre transparence et sécurité sanitaire se vérifie encore par trois précisions intéressantes. En premier lieu, la transparence s'applique aussi aux entreprises tenues de rendre publique l'existence de conventions qu'elles concluent avec les professionnels de santé, les associations d'usagers du système de santé, les établissements de santé et sociétés de conseils, mais aussi, et est-on tenté d'ajouter surtout, avec les médias. Elles sont également tenues de rendre publics tous les avantages en nature ou en espèces, à partir d'un certain seuil, qu'elles peuvent procurer directement ou indirectement aux personnes, établissements, associations, sociétés ou organismes. Si ces dispositions ont pour but d'éviter à l'avenir les conflits d'intérêts, on ne peut s'empêcher de déplorer, une fois encore, comme pour les associations d'usagers, que l'obligation de transparence – donc d'information – pèse sur les entreprises privées. S'il advient qu'elles ne respectent pas leurs obligations, il est impossible aux citoyens d'exiger la communication de leurs documents internes, puisqu'elles ne tombent pas dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs. Il sera donc difficile pour un administré de vérifier la véracité de leurs déclarations. En deuxième lieu, la transparence bénéficie à la nouvelle Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé créée par la loi du 29 décembre 2011 en remplacement de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (l'AFSSAPS). Elle accède, en effet, à sa demande, aux informations nécessaires à l'exercice de ses missions, sans que puissent lui être opposés le secret médical, le secret professionnel ou le secret en matière industrielle et commerciale, dont la signification et le champ mériteraient d'être approfondis. En troisième lieu, cette nouvelle Agence doit élaborer une base de données administratives et scientifiques sur les traitements et sur le bon usage des produits de santé, consultable gratuitement sur Internet et répondant à une charte de qualité. On voit donc que la transparence sur la sécurité sanitaire des produits de santé repose conjointement sur les entreprises privées et sur un établissement public administratif de l'État dans l'intérêt des usagers du système de santé, et plus largement des consommateurs des produits de santé.

L'évaluation, recherchée la plus objective possible, des risques présentés par les médicaments et les produits de santé ne suffit pas à elle seule à assurer la sécurité sanitaire. Elle est complétée par une évaluation des établissements de santé qui dispensent les soins et utilisent ces produits. Cette évaluation consiste d'abord en une auto-évaluation, puis en une certification par la

¹⁷ Voir sur ce point le décret n° 2012-745 du 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire.

Haute Autorité de Santé. Elle vise à l'amélioration de la qualité des soins et a pour but de renforcer la confiance du public par la communication des résultats. Il existe aussi une évaluation des pratiques professionnelles à portée collective ou individuelle¹⁸. Finalement, la transparence des politiques sanitaires se présente comme un réceptacle de plusieurs principes – information et participation des usagers, impartialité et indépendance de l'expertise scientifique, évaluation et qualité du service public – principes qui sont largement communs à tous les services publics administratifs, mais qui ont une résonance particulière dans le domaine sanitaire, ponctué régulièrement de crises et de remises en cause.

La question de l'efficacité de cette transparence doit être posée. En réalité, la transparence donne à voir la complexité du système de santé, laquelle rétroagit sur le manque de transparence dans les politiques sanitaires.

II. LA TRANSPARENCE, MIROIR DÉFORMANT DE LA COMPLEXITÉ DU SYSTÈME DE SANTÉ

La transparence peut être considérée comme un miroir déformant, car elle entretient une certaine illusion (*A*), laissant penser que les informations données sont fiables, et elle comporte des effets pervers (*B*), qui confirment que la vérité n'est pas toujours bonne à dire.

A. L'illusion de la transparence

L'illusion provient de la renaissance de l'opacité du système de santé, soumis à une certaine frénésie législative, et de la défiance envers l'expertise scientifique.

S'agissant de la renaissance de l'opacité, elle résulte du brouillage sur l'existence même d'un service public hospitalier et de la multiplication des structures et du chevauchement éventuel de leurs compétences. D'un côté, en effet, la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (loi HPST) ne se réfère plus au service public hospitalier¹⁹, mais énumère quatorze missions de service public qui peuvent être indifféremment assurées par trois catégories d'établissements de santé – les établissements publics, les établissements privés et les établisse-

¹⁸ Sur toutes ces questions, on pourra se reporter pour davantage de détails à Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, 2012, 2^e éd., p. 164 et s.

¹⁹ Lequel avait été créé par la loi Boulin du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

ments privés d'intérêt collectif. Certes, nul ne peut raisonnablement soutenir que le service public de la santé n'existe plus, mais il est incontestablement affaibli par une conception purement matérielle du service public dans les établissements de soins, conception du service public qui n'est plus servie par une unité fonctionnelle. Cette évolution recèle des dangers pour la continuité du service public et la sécurité des soins : ainsi, un établissement privé, seulement chargé d'une certaine mission de service public, par exemple le service des urgences, peut porter atteinte à la continuité des soins en décidant de fermer un service pendant « la trêve des confiseurs », pour des motifs tirés de l'insuffisance de la clientèle ou de la prétendue nécessité de faire quelques travaux d'aménagement. Du reste, parmi les quatorze missions de service public listées par la loi, seulement deux concernent les soins prodigués aux malades « ordinaires », c'est-à-dire ceux qui ne sont ni détenus, ni retenus dans un centre de rétention administratif, ni hospitalisés sans leur consentement, à savoir « la permanence des soins » et « l'aide médicale urgente ». On voit bien que cette dernière mission, si elle est confiée seule à un établissement privé, peut emporter une entorse à la continuité des soins et remet au goût du jour un service public « à éclipses ».

Il est probable aussi que le système de tarification à l'activité²⁰ ne prend pas suffisamment en compte, voire pas du tout, la prise en charge globale des soins dans un établissement de santé, ce qui contribue à affaiblir la mission de service public hospitalier. Certes, la priorité donnée à la conception du continuum de soins, qui va de la prévention au traitement puis à la rééducation dans divers établissements, sollicitant le secteur médico-social et social, vise à une prise en charge globale, mais organiquement fractionnée, qui peut rendre délicate *a posteriori* l'imputation des responsabilités. Par conséquent, sous couvert de la transparence des coûts, la tarification à l'activité rend moins clair l'exercice du service public de santé, lequel va bien au-delà des seuls traitements thérapeutiques.

D'un autre côté, la multiplication des structures et le chevauchement éventuel de leurs compétences rendent illusoire la transparence. C'est alors plutôt la polysynodie qui s'instaure avec son cortège d'incohérences, de contradictions et finalement d'opacité. A cet égard, la création de l'ANSES par l'ordonnance du 7 janvier 2010 donne à voir une simplification des structures, puisqu'elle fusionne les anciennes AFSSA et AFSSET. Elle incarne la transparence, puisqu'elle a pour mission la collecte, la caractérisation et l'évaluation des risques, la formulation de recommandations pour faire avancer la connaissance et la partager en diffusant une information scientifique de référence. Mais cette clarification se double d'un champ de compétences assez voisin avec

²⁰ Sur cette question très technique, voir Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, *op. cit.*, p. 300 et s.

celui du HCB, créé par la loi du 25 juin 2008, à tel point que le gouvernement a demandé concurremment à ces deux instances de rendre chacune un avis sur une étude récente, publiée par le professeur Gilles-Eric Séralini, sur les risques pour la santé présentés par les OGM. Or, les deux avis rendus présentent quelques différences, qui peuvent jeter un trouble sur l'expertise scientifique.

C'est bien plus encore la défiance envers l'expertise scientifique qui rend la transparence en grande partie illusoire. En effet, si la transparence peut être assurée par des expertises nombreuses, contradictoires et venant d'horizons différents, les résultats opposés qu'elles peuvent apporter ne permettent pas de guider rationnellement les décideurs publics dans leur mission de gestion des risques. En atteste le besoin de diligenter une expertise sur l'expertise, comme on l'a vu récemment en matière de risques présentés par certains OGM. Une communication intéressante sur la « disqualification de l'expertise », considérée comme « un risque grave pour la rationalité des décisions politiques » a été faite à l'Académie des Sciences morales et politiques le 28 novembre 2011 par le professeur Yves Bréchet²¹. Celui-ci dénonce en substance la rupture du lien de confiance entre l'expert et le décideur et le rejet par l'opinion publique de l'expertise officielle. Pour lui, la manifestation la plus visible de cette « disqualification » est la multiplication des expertises parallèles dites indépendantes. Ce phénomène obscurcit la transparence : il jette un doute sur la légitimité et la compétence des experts, il tend à légitimer l'expertise « citoyenne » de certaines organisations non gouvernementales et à considérer comme équivalentes l'expertise scientifique et l'expertise dite sociétale. La transparence qui devrait résulter de ces différentes expertises produit l'effet inverse à celui attendu en matière de politique sanitaire. Yves Bréchet estime que l'expertise des groupes de pression conduit à une surévaluation systématique du risque et à la sous-évaluation, voire à la négation, des avantages des biotechnologies. Il écrit que « *le rejet de l'expertise officielle est très souvent le reflet d'une peur* » (pour la santé ou l'environnement), peur qui est à l'opposé de la transparence et du raisonnement qu'elle a normalement pour effet de susciter. Surtout, la transparence de cette expertise parallèle est plus revendiquée que réelle, quand elle a lieu dans le plus grand secret. Bien plus que créer l'illusion, la transparence peut donc avoir aussi des effets pervers.

B. Les effets pervers de la transparence

Deux types d'effets pervers peuvent être relevés. D'une part, le développement d'une expertise, en quelque sorte autoproclamée, peut jouer sur les peurs et véhiculer des informations fausses ou non pertinentes. Jouant sur les

²¹ Consultable sur Internet : <http://www.asmp.fr>

peurs, ces informations, qui ont les oripeaux de la science, peuvent induire des oppositions systématiques, parfois même idéologiques : par exemple, l'opposition radicale aux biotechnologies dans leur ensemble. D'autre part, l'information sur les risques sanitaires peut induire des comportements contraires à la politique de sécurité sanitaire : par exemple, les refus de vaccinations à titre individuel et le renoncement collectif à l'encouragement et à l'incitation à recourir à la vaccination, alors qu'il est prouvé scientifiquement que leur pratique systématique fait reculer, voire disparaître, les maladies contagieuses. « Une bonne couverture vaccinale de la population est nécessaire pour la protéger »²². Le risque de trop de transparence, comme le trop d'imposition, est bien connu. « La transparence tue la transparence ». « Trop de transparence peut assurément, en rendant plus difficile la dissimulation, encourager, comme le pensait Bacon, la simulation ; et on ne gagne pas au change. Trop de transparence recrée aussi, à l'évidence, de l'opacité : à trop donner à voir, on ne montre plus rien »²³. Ainsi, les bienfaits d'une vaccination peuvent être occultés par la médiatisation de rares accidents, qui convainquent les citoyens de courir un risque plus grand de contracter la maladie, plutôt que de courir un risque infime d'accident, autrement dit de « jeter le bébé avec l'eau du bain ». Le cas de la vaccination contre l'hépatite B est emblématique de cette situation. D'abord recommandée par les autorités sanitaires françaises, dans le sillage des recommandations de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), elle a ensuite été déconseillée consécutivement à l'apparition de la maladie de la sclérose en plaques chez certaines personnes ayant subi cette vaccination, alors même que le lien de causalité entre celle-ci et la maladie n'est pas scientifiquement démontré. Que les juridictions aient cru bon de présumer ce lien de causalité en recourant à la méthode du faisceau d'indices est assurément une position louable, en ce qu'elle garantit aux victimes, soumises à une obligation vaccinale à raison de leurs fonctions, une indemnisation de leurs dommages par la collectivité²⁴. Mais, sur le plan de la prévention collective des risques de maladie et de contagion, l'abandon de l'incitation à la vaccination contre l'hépatite B peut paraître un effet pervers et négatif de la transparence. Ce revirement dans une politique sanitaire a donné l'occasion au juge administratif de considérer comme opérant un moyen tiré de la violation du principe de précaution par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs

22 Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Mémento Dalloz, 2013, 8^e éd., p. 81.

23 Conseil d'État, *La transparence et le secret*, EDCE, n° 47, 1996, p. 140-141.

24 CE, S., 9 mars 2007, Schwartz, *Rec. Lebon*, p. 118 ; *AJDA*, 2007, p. 861, concl. Terry OLSON. Sur l'ensemble de la question, voir Benjamin DEFOORT, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption », *RFDA*, 2008, p. 549 ; Aude ROUYERE, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques. Questions de méthode », *RFDA*, 2008, p. 1011. Cette jurisprudence a été étendue au cas d'aggravation d'une sclérose en plaques déclarée antérieurement à la vaccination : CE, 17 février 2012, Mme A., *AJDA*, 2012, p. 1244, note Caroline LANTERO.

de police sanitaire. Ce revirement n'a pas été considéré comme fautif, et la méconnaissance du principe de précaution dans l'encouragement à la vaccination n'a pas été retenue, non sans de multiples justifications, qui laissent penser que le principe de précaution aurait pu être méconnu si l'État n'avait pas pu apporter des justifications à sa campagne de vaccination puis à son revirement. Ces justifications sont tirées de ce qu'il n'avait fait que suivre une recommandation de l'OMS, qu'à la date du lancement de la campagne de vaccination aucune étude n'apportait la preuve d'un lien entre celle-ci et la sclérose en plaques et que cette campagne n'a pas été de nature à induire en erreur la population sur le caractère obligatoire ou non de la vaccination et sur les risques qu'elle présentait²⁵. Cette espèce, passée inaperçue, prouve à quel point, dans l'esprit du public, l'État doit se montrer transparent sur les risques sanitaires et clair dans les informations qu'il délivre, même en situation d'incertitudes scientifiques²⁶. La transparence doit aussi, peut-être même surtout, porter sur l'incertitude, laquelle aura vocation à être réduite par l'obligation constante, qu'imposent les principes de prévention et de précaution, de conduire les recherches scientifiques en matière sanitaire.

Les victimes des affaires sanitaires pourraient dire que la transparence arrive, comme le juriste, toujours trop tard, c'est-à-dire après l'apparition de dommages, et qu'elle n'est jamais suffisante pour les éviter. Pour elles, il est possible de soutenir qu'il existe une politique publique de l'indemnisation²⁷, en ce que l'État a clairement opté pour la voie de la solidarité nationale pour réparer les conséquences dommageables des accidents médicaux, mais il n'est pas excessif d'affirmer qu'il « *n'existe pas de principe de transparence, ni de droit à la transparence* », et que le terme de transparence « *est porteur d'une mystification* »²⁸. Un Grenelle de la Santé, à l'image du Grenelle de l'Environnement, serait peut-être de nature à renforcer la transparence en répertoriant les besoins prioritaires de santé pour la population. Mais comme la protection de l'environnement, la protection de la santé coûte cher, et le respect de la transparence, par une information et une participation accrues du public, peut servir d'écran de fumée à bon compte, en lieu et place d'une véritable protection.

25 CAA Nantes, 29 décembre 2006, Marie, *AJDA*, 2007, p. 873 ; *RFDA*, 2007, p. 176.

26 Voir sur cette question, « Incertitude et causalité », in *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude (coll.)*, Dalloz, 2008, p. 175 et s.

27 En ce sens, Dominique MARTIN, « L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux comme politique publique », *D.* 2006, chr. p. 3021.

28 Gilles-Jean GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *Droit du service public*, Domat-Montchrestien, 2007, 2^e éd., avec la collaboration de Gilles DUMONT, n° 1557.

L'échec de la transparence dans le droit budgétaire local en matière d'emprunts structurés

Matthieu HOUSER

Le droit budgétaire local a été fondé, comme le droit budgétaire étatique, sur une logique de régularité juridique et, pendant de nombreuses années, la notion de transparence semblait inutile. Le vote du budget devait simplement respecter un certain nombre de principes (annualité, équilibre, unité, universalité et spécialité) dont l'application était d'ailleurs destinée à faciliter le travail de contrôle de l'exécutif par l'assemblée : le parlement sur le plan national, l'assemblée délibérante sur le plan local. En ce sens, le respect de ces principes participe à l'expression de la démocratie locale. Leur non-respect entraîne une sanction juridique : l'annulation partielle d'un article d'une loi de finances par le Conseil constitutionnel ou du budget par le juge administratif, en présence d'un problème de légalité.

En outre, lors de la mise en place de l'acte I de la décentralisation dans les années 1980, en contrepartie de la suppression du contrôle d'opportunité, le législateur a créé des chambres régionales et territoriale des comptes (CRTC) chargées d'exercer un contrôle budgétaire à la demande du préfet, du comptable ou d'un contribuable dans certains cas. Ce contrôle porte toutefois sur des points précis : équilibre lors du vote du budget primitif et du compte administratif¹,

¹ Article L. 1612-5 du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

vote du budget dans les délais légaux² et inscription de dépenses obligatoires³.

La décennie 1980 a fonctionné sur cette logique de régularité juridique presque sans accroc. Au fil des années, le juge administratif a simplement précisé certaines règles. Ainsi, il a indiqué qu'en se bornant à communiquer aux conseillers avec la convocation quatre tableaux faisant apparaître le seul montant par chapitre des dépenses et des recettes, le maire a méconnu leur droit d'être informés, alors que le budget n'a été communiqué qu'au cours de la séance⁴. Malgré cette jurisprudence et l'existence de principes budgétaires, certaines communes au début des années 1990 se sont retrouvées dans une situation financière très difficile⁵.

La loi « Administration territoriale de la République » (ATR) du 6 février 1992⁶ apportera, en réaction à ces dérives, de nombreux éléments pour faciliter la compréhension des décisions budgétaires et donc leur transparence. Désormais, un débat d'orientation budgétaire (DOB) doit se dérouler au maximum deux mois avant le vote du budget, sous peine d'entraîner l'annulation du budget⁷. Pour préparer ce débat, une note doit comprendre des informations sur l'analyse prospective, sur les principaux investissements projetés, sur le niveau d'endettement, sur son évolution et enfin sur la hausse envisagée des taux d'imposition⁸. Le DOB est relaté dans un compte rendu de séance⁹. Par ailleurs, les collectivités territoriales ont l'obligation d'adopter un règlement intérieur¹⁰, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹¹.

Mais surtout, la transparence pour l'élu local implique d'être en mesure de comprendre la situation financière et budgétaire de sa collectivité, d'où l'apparition de ratios obligatoires avec la loi du 6 février 1992. Lors du vote du budget, chaque collectivité doit calculer un certain nombre de ratios qui seront communiqués aux membres de l'assemblée délibérante. Par exemple,

2 Article L. 1612-2 du CGCT.

3 Article L. 1612-16 du CGCT.

4 TA Saint-Denis-de-la-Réunion, 17 octobre 1989, *Commune de Saint-Paul*.

5 Michel KLOPFER, « L'analyse financière d'une collectivité locale », *CURAPP*, n° 34, 1995, p. 151-167.

6 Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO*, 8 février 1992, p. 2064.

7 TA Versailles, 28 décembre 1993, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, *JCP*, G, 1994, n° 2267.

8 CAA Douai, 14 juin 2005, *Commune de Noye* ; TA Nice, 10 novembre 2006, *M. Antoine Di Lorio c. commune de La Valette-du-Var* ; TA Nice 19 janvier 2007, *M. Bruno Lang c. commune de Mouans-Sartoux*.

9 TA Montpellier, 11 octobre 1995, *BARD c. Commune de Bédarieux*.

10 Ce document définit les conditions de consultation des projets de contrats ou de marchés ainsi que les règles de présentation, d'examen et la fréquence des questions lors des sessions de l'assemblée délibérante.

11 CE, sect., 10 février 1995, Riehl, *Cne Coudekerque-Branche*, *Rec. Lebon*, 1995, p. 66.

dans les communes de 3 500 habitants et plus, les données synthétiques comprennent les ratios suivants :

- dépenses réelles de fonctionnement/population ;
- produit des impositions directes/population ;
- recettes réelles de fonctionnement/population ;
- dépenses d'équipement brut/population ;
- encours de la dette/population ;
- dotation globale de fonctionnement/population.

Dans les communes de 10 000 habitants et plus doivent être calculés et insérés des ratios supplémentaires :

- dépenses de personnel/dépenses réelles de fonctionnement ;
- coefficient de mobilisation du potentiel fiscal et, le cas échéant, coefficient de mobilisation du potentiel fiscal élargi ;
- dépenses réelles de fonctionnement et remboursement annuel de la dette en capital/recettes réelles de fonctionnement ;
- dépenses d'équipement brut/recettes réelles de fonctionnement ;
- encours de la dette/recettes réelles de fonctionnement¹².

En complément de ces ratios obligatoires, chaque collectivité peut apprécier sa situation financière et programmer sa politique d'investissement grâce à des indicateurs, tels que l'épargne de gestion¹³, l'épargne brute¹⁴ ou l'épargne nette¹⁵. Toutefois, ces indicateurs ne sont pas infaillibles et ne permettent pas systématiquement d'évaluer la bonne ou la mauvaise santé financière de la collectivité. Comme le rappelle la Cour des comptes, « *en outre, dans une situation en voie de dégradation, ce solde [épargne nette] peut rester positif, mais uniquement parce que le remboursement du capital de la dette est faible. La situation est alors qualifiée improprement de bonne. Dans le cas contraire, une accélération de l'amortissement de la dette ou le paiement des annuités d'une dette en extinction (constituées d'une part importante d'amortissement) peut favoriser l'apparition d'une épargne nette négative, qui ne caractérise pas nécessairement une situation financière en voie de dégradation* »¹⁶.

12 Article L. 2313-1 du CGCT.

13 Il s'agit de l'excédent des recettes réelles de fonctionnement (hors travaux en régie) sur les dépenses réelles de fonctionnement hors intérêts de la dette. Elle mesure l'épargne dégagée dans la gestion courante hors frais financiers.

14 Il s'agit de l'excédent des recettes réelles de fonctionnement (hors travaux en régie) sur les dépenses réelles de fonctionnement. Appelée aussi « autofinancement brut », l'épargne brute est affectée à la couverture d'une partie des dépenses d'investissement, et notamment au remboursement de la dette.

15 Il s'agit de l'épargne de gestion après déduction de l'annuité de dette hors gestion active de dette, ou épargne brute après déduction des remboursements de la dette. Elle mesure l'épargne disponible pour l'équipement brut après financement des remboursements de la dette.

16 Cour des comptes, *La gestion de la dette publique locale*, rapport public thématique, juillet 2011, p. 32.

L'insuffisance des ratios obligatoires et des indicateurs d'analyse financière apparaîtra au grand jour avec la crise bancaire et financière de 2008, qui révélera l'ampleur des emprunts structurés au sein de la dette locale et les risques qu'ils font courir à certaines collectivités.

La structure juridique de ces emprunts prête, du reste, à discussion, se situant à la jonction entre un prêt bancaire et un dérivé de marché. À la base de cet emprunt, se trouve un financement initial, sous forme d'un prêt bancaire auquel s'ajoutent une ou plusieurs opérations relatives à des produits dérivés, qui constituent autant d'instruments financiers. Trois catégories principales de produits dérivés ont été créées¹⁷ correspondant à des contrats financiers de droit privé au sens des articles L. 211-1 et D. 211-1 A du Code monétaire et financier. Si une collectivité semble pouvoir recourir à de tels emprunts, une limite réside dans la rédaction de l'article L. 2121-29 du CGCT, qui exclut le recours à des produits constituant des opérations spéculatives¹⁸.

Au début des années 2000, de nouveaux contrats plus sophistiqués ont été proposés par les banques aux collectivités territoriales. Ces derniers, qui permettent dans un premier temps de diminuer les taux d'intérêt, peuvent très vite se révéler, dans un deuxième temps, très coûteux car la collectivité ne peut en aucun cas prévoir l'évolution de ces taux d'intérêt. La signature de ces contrats s'est opérée dans une situation de dissymétrie de l'information entre les collectivités territoriales et les banques, mais également entre quelques initiés au sein des collectivités territoriales au détriment de la majorité des élus et des citoyens.

Aussi, l'apparition des emprunts structurés et leur ampleur au sein de la dette locale, en toute légalité semble-t-il¹⁹ mais sans un choix clairement affirmé par les élus locaux, révèlent une défaillance manifeste de la transparence (I) ; la mise en place de nouveaux outils devrait limiter l'apparition de nouvelles dérives (II).

17 Tout d'abord, les *swaps* désignent des échanges de flux financiers, calculés à partir d'un montant théorique de référence appelé notionnel, entre deux entités pendant une certaine période de temps : en matière d'emprunts, les *swaps* de taux d'intérêt permettent d'échanger par exemple un taux fixe contre un taux variable. Ensuite, il existe des contrats d'option par lesquels une partie accorde à une autre le droit (mais non l'obligation) de lui acheter ou de lui vendre un actif, durant une période ou à une date précise, moyennant le versement d'une prime. Enfin, les contrats à terme, de type *forwards* (gré à gré) et *futures* (sur un marché réglementé), constituent des engagements fermes d'acheter ou de vendre une quantité convenue d'un actif à un prix et à une date future convenus.

18 Les opérations spéculatives sont celles qui ne correspondent pas à une opération de couverture au sens des critères définis par le Conseil national de la comptabilité dans son avis du 10 juillet 1987. Il s'agit en définitive des contrats élaborés sur un indice ou une formule risqués (exemple : produits indexés sur un taux de change).

19 Seule une généralisation des recours devant les tribunaux avec l'apparition d'une jurisprudence généralisée pourrait remettre en cause cette idée. À l'heure où nous écrivons ces lignes, malgré quelques décisions isolées, rien n'indique l'apparition d'une telle jurisprudence.

I. LA RÉVÉLATION TARDIVE DES EMPRUNTS STRUCTURÉS, UNE DÉFAILLANCE MANIFESTE DE LA TRANSPARENCE FINANCIÈRE LOCALE

L'existence d'emprunts structurés au sein de la dette locale était connue par un certain nombre de spécialistes avant que le sujet n'inquiète réellement avec la crise bancaire de 2008. Aussi, cette pratique a été longtemps tolérée (A), expliquant finalement la timide réaction des pouvoirs publics (B).

A. Une pratique courante tolérée

Le recours des collectivités à l'emprunt est devenu quelque chose de banal accompagnant l'exercice par ces dernières des compétences transférées par l'État. Dès 1991, la Cour des comptes avait relevé certaines difficultés et les risques potentiels pour les collectivités lorsqu'elles utilisent des produits financiers dérivés. Pourtant, rapidement, les banques ont proposé les mêmes produits aux collectivités territoriales qu'aux entreprises, négligeant ainsi la spécificité de la personne publique qui a pour objectif premier d'accomplir des missions d'intérêt général. Les collectivités territoriales n'ont d'ailleurs pas vu d'inconvénients à recourir à ces contrats. Elles avaient même l'impression, lorsqu'elles signaient des emprunts structurés, de s'inscrire dans une démarche de « gestion active de la dette » permettant d'utiliser de l'argent peu cher. Le recours massif à des emprunts structurés pose toutefois un problème de transparence, il s'agit presque d'un « jeu de dupes », les collectivités bénéficiant d'argent toujours peu cher, les banques spéculant avec des produits toujours plus techniques.

Comme le relève la Cour des comptes, « l'opacité a donc joué un rôle essentiel dans le succès de ces produits en atténuant les contraintes de la concurrence, dans un contexte de désendettement des collectivités locales réduisant globalement les emprunts nouveaux, ce qui poussait les prêteurs à reconstituer leurs marges pour compenser leurs pertes en volume »²⁰. Certes, les collectivités, du moins les hauts fonctionnaires territoriaux, avant la crise financière de 2008, connaissaient les risques des produits financiers, mais il régnait à l'époque l'étrange conviction que ce risque était limité. La crise bancaire de 2008 a sonné la fin de cette période dorée, fondée sur la douce illusion que ces emprunts ne révéleraient pas leur vraie nature. En février 2008, les emprunts structurés de certaines autorités portuaires aux États-Unis ont explosé (passant de 4,3 à 20 % du taux d'intérêts). D'importants contentieux entre les banques et les collectivités ont alors débuté et la situation s'est propagée au sein de l'Europe.

²⁰ Rapport annuel de la Cour des comptes, février 2009, p. 258.

Les pouvoirs publics français ont pourtant tardé à réagir. La Direction générale des collectivités locales (DGCL) a été étrangement absente de ces questions pendant un certain temps. Ses rapports annuels liés aux finances locales ne mentionnaient que faiblement les risques liés à ces emprunts. L'exemple du rapport de 2008 est révélateur. Selon ce document, « *les conditions pour emprunter restent favorables. Les taux d'intérêts ont certes augmenté entre 2005 et 2007 mais restent relativement bas sur une perspective de plus long terme* »²¹. Ce même rapport poursuit en indiquant qu'« *en terme d'emprunts, il faut signaler le fort développement des produits de financement de type crédit à long terme renouvelable (CLTR), dont il est difficile pour le moment de mesurer les conséquences et qui viennent, comme le réaménagement de dette, perturber la lecture des sections d'investissement en gonflant les volumes. Depuis 2006, les données sont calculées hors gestion active de la dette dans la mesure où elle est comptablement bien imputée et facilement neutralisable* »²².

Ce n'est que dans le rapport de l'Observatoire des finances locales de 2010²³ qu'apparaît une réaction plus soutenue de la DGCL liée notamment à l'adoption de la Charte Gissler et à l'existence du médiateur qui peut intervenir pour trouver un compromis entre les banques et les collectivités²⁴.

Le constat de la commission d'enquête parlementaire sur cette période est révélateur. Ainsi que l'expliquent les parlementaires, « *les quelques mises en garde, montrant que tous les services de l'État n'avaient pas failli, mettent en lumière que cette situation n'était ni imprévisible, ni inéluctable. Pourtant, aucune mise en garde généralisée n'est intervenue avant que les premiers dérèglements, liés à la crise financière de 2008 et à l'augmentation soudaine de la volatilité des indices financiers sous-jacents, viennent montrer comment, en incitant les acteurs publics à spéculer avec les deniers publics, on leur avait fait courir des risques inconsidérés* »²⁵.

Le recours toléré aux emprunts structurés s'explique également par le fait que peu de personnes ne pouvaient avoir réellement connaissance de ces emprunts, sans une analyse approfondie, que ce soit les CRTC, le comptable, les services de légalité ou les élus de l'assemblée délibérante. Le rapport parlementaire précité relève d'ailleurs les propos d'un trésorier payeur général qui explique qu'au sein des annexes budgétaires manquaient des éléments importants permettant de déceler rapidement les emprunts structurés :

- tout d'abord, l'absence de répartition des emprunts par type de taux aboutit au fait qu'« *il était impossible d'évaluer la part de l'endettement de nature spéculative* » ;

21 DGCL, *Rapport de l'Observatoire des finances locales*, 2008, p. 40

22 *Ibid.*, p. 41.

23 DGCL, *Rapport de l'Observatoire des finances locales*, 2010.

24 *Ibid.*, I.

25 Assemblée nationale, *Rapport sur les produits financiers à risque souscrits par les acteurs publics locaux*, 6 décembre 2011, n° 4030.

- ensuite, le montant des soultes figurait dans une autre annexe budgétaire que celle relative aux emprunts, ce qui « *rendait quasiment impossible l'évaluation de la charge financière des emprunts* » ;
- enfin, l'absence d'obligation de constituer des provisions ne facilitait pas une compréhension rapide de la situation de la collectivité en termes d'emprunts.

Un dernier élément expliquant le manque de transparence réside également dans la complexité de ces produits. Selon les magistrats financiers, « *de nombreux exemples montrent en effet que l'ordonnateur et/ou l'assemblée délibérante sont souvent conduits à valider le recours à ces produits sur la base d'informations trop succinctes* »²⁶.

Devant la propagation des emprunts structurés, les pouvoirs publics ont décidé de réagir, mais l'ampleur des contrats conclus n'ayant pas été immédiatement prise en compte, la réaction fut timide.

B. La timide réaction des pouvoirs publics

La prise en compte des emprunts toxiques par les pouvoirs publics a été très lente et le recours à la norme a été écarté au profit de dispositifs non-contraignants. La première démarche a été l'adoption d'une charte de bonne pratique, dite Charte Gissler, du nom de l'inspecteur général des finances en charge de cette question.

En fin d'année 2008, le gouvernement a réuni des associations d'élus et des représentants des banques, qui ont signé une charte ayant pour objectif de garantir une distribution plus responsable des emprunts structurés aux collectivités territoriales.

Par cette charte, les banques :

- s'interdisent de commercialiser des produits spéculatifs qui, par nature, ne sont pas adaptés aux besoins des collectivités ;
- s'engagent à mieux informer les collectivités sur les risques attachés aux emprunts structurés. À ce titre, elles informent les collectivités du niveau de risque des produits qu'elles proposent à l'aide d'une « échelle de risque » innovante entre les banques et les collectivités ;
- s'engagent sur un devoir de conseil renforcé pour les collectivités.

Les collectivités, quant à elles, s'engagent :

- à développer la transparence des décisions concernant leur politique d'emprunts et de gestion de la dette ;

²⁶ *Ibid.*, p. 259.

- à développer l'information financière sur les produits structurés qu'elles ont souscrits en fournissant les encours, les indices sous-jacents et la structure des produits.

Dans la foulée, a été adoptée une circulaire, le 25 juin 2010²⁷, qui rappelle les risques inhérents à la gestion active de la dette par les collectivités territoriales et qui détaille l'état du droit sur le recours aux produits financiers et aux instruments de couverture du risque financier.

La troisième étape de la réaction des pouvoirs publics a été le vote de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, qui contient un chapitre VII intitulé « Renforcer les obligations des professionnels des services financiers à l'égard de leur clientèle »²⁸. Cette loi précise les obligations des professionnels du financement ou des placements, sans apporter toutefois d'innovations majeures.

La révélation tardive de l'ampleur des emprunts structurés au sein de la dette locale a nécessité la mise en place de véritables mesures de transparence, tant pour comprendre le phénomène dans sa globalité que pour éviter de nouvelles dérives à l'avenir.

II. UNE TRANSPARENCE A POSTERIORI ACCRUE

La question des emprunts toxiques est devenue un enjeu majeur, dès lors que le montant des sommes en jeu a été révélé. Brusquement, toutes les instances nationales se sont alors engagées dans une véritable démarche de transparence (A) et sur le plan local, des mesures ont été adoptées, pour révéler au sein de chaque collectivité le volume des emprunts toxiques signés (B).

A. Une transparence sur le plan national

La prise de conscience des risques encourus par les collectivités territoriales du fait des emprunts toxiques est apparue, on l'a vu, au cours de l'année 2008. Pourtant, jusqu'en 2011, aucun chiffre fiable ne pouvait être recensé. Certes, quelques journaux nationaux et quelques cabinets privés se livraient à des extrapolations, mais aucun chiffre scientifique n'existait. Même la Cour des comptes relevait dans son rapport annuel pour 2009 qu'il n'existait aucune évaluation globale de l'encours « toxique » des collectivités, même si « *les chambres régionales et territoriales des comptes ont constaté l'apparition*

²⁷ Circulaire n° NOR/IOCB1015077C du 25 juin 2010 *sur les produits financiers offerts aux collectivités locales et à leurs établissements publics* analyse.

²⁸ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, *JO*, 23 octobre 2010, p. 18984.

dans les comptes des collectivités et établissements publics locaux d'emprunts d'un type nouveau, associant dans un même contrat un emprunt bancaire et une clause sous-jacente construite à partir d'un ou plusieurs produits dérivés (contrats d'échange de taux d'intérêt ou options). Il est encore difficile de connaître, même de façon approximative, la place de ces produits dits « structurés » dans l'encours de la dette des collectivités et établissements publics locaux »²⁹.

Les députés se sont alors saisis de cette question. Une commission d'enquête parlementaire présidée par Claude Bartolone (PS) et dont Jean-Pierre Gorges (UMP) était le rapporteur a été créée par la résolution n° 675 adoptée par l'Assemblée nationale le 8 juin 2011. Cette commission rendra son rapport le 6 décembre 2011 *sur les produits financiers à risque souscrits par les acteurs publics locaux*³⁰. Entre-temps, la Cour des comptes a rendu public une première estimation constatant « environ 30 à 35 Md€ d'emprunts structurés dont 10 à 12 Md€ présentant un risque potentiellement élevé »³¹. Le rapport parlementaire estimera pour sa part que l'encours à risque s'élève à 18,807 milliards d'euros pour l'ensemble des acteurs publics locaux, soit 58,6 % de l'encours total. Pour les seules collectivités territoriales, cet encours à risque représente 13,648 milliards d'euros.

La seconde étape de la logique nationale concerne la gestion de la sortie des emprunts structurés. Cette évolution pose aujourd'hui un certain nombre de questions en termes de transparence.

Plusieurs options se dessinent. Les banques se retranchent derrière la Charte Gissler et l'absence d'obligation légale de transformer la « dette locale dangereuse » en une dette moins risquée, compte tenu du fait que des contrats ont été signés. En outre, Dexia, le principal « accusé », a récemment rappelé qu'au sein de sa banque a été mis en place des comités d'éthique et que les produits structurés n'étaient pas proposés aux communes de moins de 10 000 habitants. Notons également à décharge des banques que les plus grosses collectivités sont dotées de moyens humains spécialisés dans les questions de dette et n'hésitent pas à recourir à des cabinets-conseils. Aussi, l'argument d'une méconnaissance des risques encourus doit être relativisé.

À l'inverse, l'idée principale défendue par les collectivités territoriales consiste à estimer qu'« au-delà des engagements souscrits par certains établissements de crédit dans la charte de bonne conduite, [le banquier a] un devoir d'éclairer son client lorsqu'il lui propose des produits structurés »³². Une information insuffisante de la banque pourrait donc aboutir à des remises en cause de contrats signés par le juge. À cet égard, une certaine évolution juris-

²⁹ Rapport annuel de la Cour des Comptes, février 2009, *op. cit.*

³⁰ Assemblée nationale, n° 4030.

³¹ Cour des comptes, *La gestion de la dette publique locale, op. cit.*, p. 67.

³² Gabriel ECKERT, « Emprunts toxiques des collectivités territoriales. Quelles conséquences ? », *AJDA*, 2011, p. 1715.

prudentielle se dessine à l'étranger et en France tendant à remettre en cause certains contrats au nom d'une information insuffisante communiquée par la banque.

La Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) a condamné le 22 mars 2011 une banque allemande pour défaut de conseil et violation des règles de bonne conduite³³. La banque avait fait souscrire à une entreprise un swap « structuré » (*snowball*), sans lui révéler que ledit swap avait, à sa souscription, une valeur négative. Bien que la victime de la banque ait été une PME, le raisonnement est transposable aux collectivités françaises. Non informé de la valeur de marché initiale du swap, le client n'a pas pu prendre conscience du risque encouru. La banque a été condamnée à des dommages et intérêts pour défaut de conseil.

En France, la chambre régionale des comptes d'Auvergne-Rhône-Alpes a refusé le 31 mai 2012³⁴ d'inscrire des remboursements de prêt en dépense obligatoire suivant, en cela, le raisonnement de la commune, car une dépense obligatoire implique que cette dernière soit certaine, or, le fait d'intenter une action en justice démontre par nature que la dépense n'est pas certaine selon la jurisprudence administrative³⁵. Toutefois, cette position s'avère isolée et le reste de la jurisprudence illustre les incertitudes actuelles. Le 25 septembre 2012, la Cour administrative d'appel de Lyon a, quant à elle, considéré que la commune d'Unieux (Loire) était incompétente pour modifier unilatéralement, par une délibération, le taux d'un contrat de prêt signé en 2007 avec la banque Dexia³⁶. En revanche, la Cour d'appel de Paris a confirmé, le 4 juillet 2012, le jugement rendu en première instance par le Tribunal de grande instance de Paris (TGI) autorisant la ville de Saint-Étienne à ne pas payer à la Royal banque of Scotland (RBS) les intérêts de deux produits très toxiques, le temps que le litige soit jugé sur le fond³⁷. Plus récemment, une décision rendue par le TGI de Nanterre le 8 février 2013 offre de nouvelles perspectives³⁸. Cette décision est relative à plusieurs procédures engagées par le Département de la Seine-Saint-Denis à l'encontre de Dexia

33 Cour fédérale de justice allemande, XI ZR 33/10, *Deutsche Bank*.

34 Avis budgétaire commune de Sassenage, n° 2012-115, 31 mai 2012.

35 CE, 21 mars 2007, *Commune de Plestin-les-Grèves*.

36 CAA Lyon, 25 septembre 2012, *Ministère de l'Intérieur c. Commune d'Unieux*.

37 CA Paris, 4 juillet 2012, n° 11/21801. En effet, entre 2006 et 2007, la ville de Saint-Étienne a désiré restructurer sa dette : elle a donc échangé des produits structurés qu'elle avait achetés à Natixis (adossés sur des produits de pente) contre d'autres produits structurés qu'elle a achetés à la RBS (des *snowball*). Cet échange, sous forme de swap, a porté sur deux produits pour un montant de 16 millions d'euros. La ville de Saint-Étienne possédait donc deux swaps « *snowball* » dont elle devait payer les intérêts à la RBS : ils sont entrés en phase toxique en mai et juin 2011. Le fonctionnement des *snowball* est particulièrement pervers puisqu'il s'agit de taux d'intérêt cumulatifs : c'est-à-dire que les augmentations de taux d'intérêt s'additionnent pour atteindre 20 %, 30 % ou même 40 %.

38 TGI Nanterre, 8 février 2013, *AJDA*, 2013, p. 318.

concernant trois prêts structurés. Le Tribunal de Nanterre admet ainsi que ces contrats de prêt n'étaient pas spéculatifs, ils étaient même parfaitement réguliers et conformes à la réglementation. Le Département était compétent pour conclure ces contrats de prêt, qui ont été signés par ses représentants en toute connaissance de cause. Sur ce plan, Dexia n'aurait donc pas manqué à son devoir d'information et de conseil vis-à-vis du Département. En revanche, le Département obtient gain de cause sur les taux applicables. Le TGI de Nanterre a estimé que les télécopies qui ont précédé la signature des contrats définitifs pouvaient être qualifiées de contrat de prêt et que l'absence de mention du taux effectif global (TEG) dans ces télécopies entraînait l'application du taux d'intérêt légal. En d'autres termes, le TGI de Nanterre annule les taux d'intérêt de ces 3 prêts dits toxiques. Il ressort de ce jugement que la banque n'a pas manqué à son obligation de conseil. On peut toutefois se demander si la même solution aurait été retenue pour une petite collectivité. En effet, les juges indiquent bien que *« les éléments du dossier établissent que lorsqu'il a souscrit l'emprunt structuré litigieux en mai et juillet 2007, le département de Seine Saint-Denis était un emprunteur particulièrement averti, qui connaissait le mécanisme des emprunts structurés et était conscient des risques que ces emprunts généraient en fonction de l'évolution des marchés financiers »*.

Face à la diversité de ces situations, l'État a préféré retenir une autre approche et gérer la sortie des emprunts structurés au cas par cas. Un rapport non public rendu par l'IGF en juin 2012, mais qui étrangement circule sur internet, explique qu'une collectivité peut sortir toute seule de sa situation en renégociant ses emprunts³⁹. Le coût pour une collectivité ne serait pas insurmontable puisqu'il serait de l'ordre de deux à trois points de dépenses de fonctionnement couplés à une légère hausse d'impôts. L'article 4 de la loi de finances rectificative pour 2012 adoptée le 29 décembre 2012⁴⁰ a d'ailleurs créé un fonds, doté de 50 millions d'euros, de soutien aux collectivités territoriales et à leurs groupements ayant contracté des emprunts structurés avant la promulgation de la présente loi. Ce fonds a pour objet l'octroi d'une aide aux collectivités territoriales et à leurs groupements pour lesquels, après des efforts portant sur leurs recettes et leurs dépenses, le coût de refinancement de leurs emprunts structurés, afin d'en diminuer le risque, porterait durablement atteinte à l'équilibre de leur budget tel que défini aux articles L. 1612-4 et L. 1612-14 du CGCT. Les collectivités souhaitant s'inscrire dans ce dispositif doivent en faire la demande avant le 30 septembre 2013 auprès du représentant de l'État dans le département, qui saisit pour avis la chambre régionale des comptes compétente. Celle-ci se prononce dans un

³⁹ IGF, *Contre-garantie de l'État sur un portefeuille de prêt de Dexia Municipal Agency*, juin 2012.

⁴⁰ Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012, *JO*, 30 décembre 2012, p. 20920.

délai d'un mois sur la capacité de la collectivité à prendre en charge financièrement le coût de refinancement de ses emprunts.

Si désormais la situation sur le plan national est connue et que des mécanismes ont été mis en place, sur le plan local, des mesures ont été adoptées devant permettre aux élus locaux et aux citoyens de comprendre la politique menée et éviter de nouvelles dérives.

B. Une transparence sur le plan local

Une transparence accrue sur le plan local passe par plusieurs axes d'amélioration, concernant tant l'information de l'assemblée délibérante que la mise en place de procédures de concurrence entre les banques relatives aux emprunts souscrits par les collectivités territoriales.

La mise en place d'une information accrue devant l'assemblée délibérante, par l'exécutif local présentant la politique d'emprunt de la collectivité, a été avancée dès 2009 dans la Charte Gissler. La commission d'enquête parlementaire a également proposé d'imposer à toutes les collectivités de tenir un débat annuel sur la stratégie financière et le pilotage pluriannuel de l'endettement, fondé sur un document préparé par l'exécutif retraçant l'évolution de la dette, les caractéristiques des engagements pris et présentant les choix d'endettement. Toutefois, il n'existe à l'heure actuelle aucune obligation légale de tenir un tel débat au sein de l'assemblée délibérante.

Par ailleurs, des obligations comptables ont été adoptées. Désormais, les annexes budgétaires doivent être précisées et l'arrêté du 16 décembre 2010⁴¹ prévoit l'insertion au budget primitif et au compte administratif d'un état intitulé « IV. - Annexes. - Eléments du bilan. - État de la dette. - Répartition de l'encours (typologie) A2.9 ». En outre, un provisionnement des emprunts structurés doit également être prévu. A cet égard, le Conseil de normalisation des comptes publics, dans un avis du 3 juillet 2012 (n° 2012-04), a estimé qu'il convient de « préciser les règles de comptabilisation relatives aux emprunts, instruments dérivés et opérations de couverture, avec pour objectif principal de mieux traduire comptablement les risques pris du fait de la souscription de certains emprunts, en particulier les emprunts structurés ». Si cet avis est simplement facultatif, il a été suivi dans les faits par l'adoption de plusieurs arrêtés en décembre 2012⁴², dans lesquels de nouveaux comptes ont été créés (1521, 1522 et 194) pour provisionner les risques liés à ces emprunts structurés.

⁴¹ JO, 23 décembre 2010, p. 22566

⁴² Arrêté du 12 décembre 2012 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 et M. 71 ; Arrêté du 13 décembre 2012 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 4 ; arrêté du 14 décembre 2012 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 52.

D'autres mesures s'avèrent également nécessaires, telles qu'une transparence accrue concernant les délégations de compétences de l'assemblée délibérante vers l'exécutif⁴³. La circulaire de 2010 tente d'ailleurs d'encadrer ce qu'elle appelle la stratégie d'endettement de la collectivité. Ainsi, la délégation doit refléter « *la stratégie d'endettement de la collectivité* »⁴⁴. A cet égard, l'assemblée délibérante doit être particulièrement vigilante, la loi ne précisant pas d'éléments précis en la matière. La circulaire de 2010 rappelle toutefois les points importants de toute délégation de signature : durée, référence de taux sur lesquels peut porter l'opération, primes et commissions versées par la collectivité à l'établissement financier, amortissement.

Enfin, la mise en concurrence des banques pourrait permettre aux collectivités de mieux comprendre le risque lié à une politique d'emprunts structurés. Cette position est d'ailleurs défendue par la Cour des comptes, qui a proposé de « *systématiser les mises en concurrence des établissements bancaires lors de chaque opération de financement ou de réaménagement* »⁴⁵. Le droit de l'Union européenne pourrait même apporter une évolution sur ce point, car sa proposition de directive sur la passation des marchés publics, présentée le 20 décembre 2011⁴⁶, aboutirait à réintégrer les contrats de prêts au sein du champ concurrentiel.

L'apparition des emprunts structurés au sein de la dette locale révèle une profonde défaillance de la transparence, étant donné qu'un certain nombre de collectivités se sont engagées dans ce processus sans le savoir ou en n'ayant que faiblement conscience des risques. De nouveaux dispositifs ont toutefois été adoptés afin d'éviter de nouvelles dérives et, surtout, afin de permettre aux collectivités de se prononcer en toute connaissance de cause. Finalement, les collectivités territoriales voient leur liberté encadrée par un nouveau carcan législatif, qui renvoie au pouvoir exécutif le soin de définir les indices et les écarts autorisés pour les clauses d'indexation des taux d'intérêt variables⁴⁷.

⁴³ CE, 2 février 2000, *Commune de Saint-Joseph*.

⁴⁴ Circulaire du 25 juin 2010 *sur les produits financiers offerts*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ Cour des comptes, *La gestion de la dette publique locale*, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁶ COM (2011) 896 final.

⁴⁷ Article 32 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* du 27 juillet 2013, p. 12530.

Les Auteurs

BARROCHE Julien

Maître de conférences en droit public, INALCO, Hautes études internationales, chargé de cours à Science po Paris

BUI-XUAN Olivia

Maître de conférences en droit public, Université d'Évry, Centre Léon Duguit

CHARLOT Patrick

Professeur de droit public, Université de Bourgogne, directeur du CREDESPO

COURVOISIER Claude

Professeur émérite en science politique, Université de Bourgogne, CREDESPO

DEGUERGUE Maryse

Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne

DORE Isaak

Professeur de Droit à Saint-Louis University (USA)

DOUILLET Anne-Cécile

Professeure de Science politique, Université Lille 2, CERAPS

DRAÏ Raphaël

Professeur émérite en science politique, Université Aix-Marseille

DROIN Nathalie

Maître de conférences en droit public, Université de Franche-Comté, CRJFC, chercheur associé au CREDESPO

DOSIÈRE René

Député de l'Aisne

ESPLUGAS Pierre

Professeur de droit public, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand I, Centre Michel de l'Hospital

FOREY Elsa

Professeur de droit public, Université de Franche-Comté, CRJFC, chercheur associé au CREDESPO

GAILLET Aurore

Maître de conférences en droit public, Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg

HOCHMANN Thomas

Maître de conférences en droit public, Université de Reims Champagne-Ardenne, Centre de recherche sur la décentralisation territoriale

HOUSER Matthieu

Maître de conférences en droit public, Université de Franche-Comté, CRJFC, chercheur associé au CREDESPO

LE BRAS-CHOPARD Armelle

Professeure de Science politique, Université de Versailles/Saint-Quentin-en-Yvelines, Centre de recherche Versailles Saint-Quentin institutions publiques (VIP)

MORAND-DEVILLER Jacqueline

Professeur émérite de droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Centre de recherche en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme

POIRMEUR Yves

Professeur de science politique, Université de Versailles Saint-Quentin Saint-Quentin-en-Yvelines, Centre de recherche Versailles Saint-Quentin institutions publiques (VIP)

QUIRINY Bernard

Professeur de droit public, Université de Bourgogne, CREDESPO

THIERS Éric

Chercheur associé au CEVIPOF (Sciences Po), cofondateur du GEVIPAR (Groupe d'études sur la vie et les institutions parlementaires de Sciences Po)

TOURARD Hélène

Maître de conférences de droit public, Université de Bourgogne, CREDESPO

WACHSMANN Patrick

Professeur de droit public, Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg

Table des matières

FOREY Elsa	Propos introductifs.....	7
------------	--------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Émergence et construction de la notion de transprance

PREMIÈRE SECTION

La transparence dans la pensée politique

DRAÏ Raphaël	Transparence et démocratie sont- elles vraiment compatibles ?.....	19
COURVOISIER Claude	Du mensonge civilisé à la clarté d'harmonie : la quête d'une transparence dans l'œuvre de Fourier.....	33
CHARLOT Patrick	Transparence et totalitarisme dans l'œuvre d'Evgueni Zamiatine.....	49
QUIRINY Bernard	Transparence et totalitarisme	63
BARROCHE Julien	Transparence et notions voisines : quel apport ?.....	79

SECONDE SECTION

La transparence dans le discours politique actuel
et la jurisprudence

POIRMEUR Yves	La transparence dans le discours politique actuel	101
HOCHMANN Thomas	La transparence du financement des messages électoraux aux États-Unis.....	115
GAILLET Aurore	Transparence et démocratie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.....	137
WACHSMANN Patrick	La Convention Européenne des droits de l'Homme met-elle une obligation de transparence à la charge des États ?	167
TOURARD Hélène	La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	193

SECONDE PARTIE

Quelles traductions dans le droit positif ?

PREMIÈRE SECTION

La transparence des gouvernants

LE BRAS-CHOPARD Armelle	Quelle transparence de la vie privée des gouvernants en démocratie ?.....	215
DOSIÈRE René	Le budget de la Présidence de la République Du « Secret-Dépense » à la transparence affichée	231
ESPLUGAS Pierre	La transparence dans le financement des acteurs politiques.....	237
DROIN Nathalie	Transparence et pouvoirs du juge d'instruction dans les affaires politico-financières.....	257
THIERS Éric	Parlement : de la publicité à la transparence « sans tabou et sans hystérie »	273
BUI-XUAN Olivia	L'accès aux documents de l'exécutif en France	291
DORE Isaak	La transparence gouvernementale aux USA, selon la loi <i>Freedom of Information Act</i> . Observations sommaires	307

SECONDE SECTION

La transparence de l'action publique

DOUILLET Anne-Cécile	La transparence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	319
MORAND-DEVILLER Jacqueline	Transparence et politique de l'environnement	333

DEGUERGUE Maryse	La transparence dans les politiques sanitaires	347
HOUSER Matthieu	L'échec de la transparence dans le droit budgétaire local en matière d'emprunts structurés.....	361
Les Auteurs	375
Table des matières	377



LA FONDATION VARENNE

Présidée par Daniel Pouzadoux, la Fondation Varenne, reconnue d'utilité publique, participe à la promotion de la démocratie, de la tolérance et des bonnes pratiques en matière de presse et de communication, au travers de ses nombreux axes d'intervention qui se déclinent en France et à l'international :

- **APPUI À LA PROFESSION**

- par les prix Varenne décernés annuellement aux journalistes, tous médias confondus, sélectionnés par des jurys *ad hoc*, pressentis par la Fondation, parmi les grands noms de la profession ;
- par un soutien aux Écoles de journalisme, sous la forme d'un accompagnement et d'un soutien à la formation, par l'octroi d'aides, sous forme financière ou de dotation en matériel pédagogique ;
- par l'octroi, sous le contrôle de la communauté pédagogique, de bourses aux élèves journalistes à qui leur situation matérielle ne permet pas d'entreprendre ou de poursuivre leurs études en journalisme et communication.

- **ÉDUCATION AUX MÉDIAS**

Ces opérations visent à donner aux jeunes, en collaboration avec les journalistes et les éducateurs, des grilles de lecture et le recul nécessaires à une compréhension responsable de l'information et de la communication. Cette thématique se traduit par des actions réalisées dans les Académies ou au niveau national, avec le Ministère de l'Éducation nationale, les Recteurs et les services académiques, avec, entre autres, la Presse Quotidienne Régionale, le plus souvent représentée par les journalistes de l'ARPEJ.

- **PÉRENNISATION DE L'ACTION D'ALEXANDRE VARENNE**

La Fondation Varenne promeut et met en œuvre toutes actions que son conseil d'administration juge de nature à assurer la pérennisation de l'action d'Alexandre Varenne, dans les domaines liés à ses activités, sa carrière et sa pensée. Ces actions de production et valorisation des savoirs prennent diverses formes et ont conduit à la création de l'Institut Universitaire Varenne.

• L'INSTITUT

Conformément à ses statuts, la principale mission de l'Institut Universitaire Varenne (IUV), créé le 31 janvier 2013, consiste à encourager **la production et la diffusion des connaissances**, tant par l'édition d'ouvrages et de revues que par la réalisation d'études et de rapports, l'organisation de séminaires ou de tables rondes ainsi que de toutes autres manifestations à caractère scientifique.

Organisé autour des objectifs de la Fondation Varenne et fidèle à ses valeurs, l'IUV exerce ses missions dans le cadre des **thématiques** suivantes :

- **Démocratie** (histoire, valeurs et construction) ;
- **Paix** (prévention des conflits, réconciliation et promotion du « vivre ensemble ») ;
- **Presse** (liberté, pluralisme, déontologie et droit de la presse).

Il est présidé par Jean-Pierre Massias, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Magalie Besse en assure la direction.

• NOS ACTIVITÉS

Outre diverses manifestations scientifiques, l'IUV organise tous les ans un **Concours de thèses**. Il permet aux docteurs, dont les thèses ont été sélectionnées par un jury universitaire prestigieux, de voir financer la publication de leurs travaux dans la « **Collection des Thèses** » de l'Institut, diffusée par la LGDJ.

L'IUV édite également trois autres collections, diffusées par la LGDJ.

Généraliste, la « **Collection Colloques & Essais** » permet en premier lieu aux auteurs de promouvoir leurs travaux en constituant un support de publication pour les actes de colloque ou les essais. Les ouvrages portent sur des thèmes variés et liés aux valeurs qui sont au cœur des actions menées par la Fondation Varenne.

La « **Collection Transition & Justice** » se compose ensuite d'ouvrages afférents à la transition démocratique et notamment à la Justice transitionnelle et aux transitions constitutionnelles. Elle comprend d'ailleurs un Annuaire de Justice transitionnelle, préparé par l'Institut et ses partenaires.

Dans la « **Collection Kultura** » sont enfin publiés des ouvrages relatifs aux droits culturels, linguistiques et des minorités et à leurs interactions avec la Démocratie. Ils sont préparés par le réseau international Kultura, auquel l'Institut participe.

L'IUV édite enfin plusieurs revues, dont *Est Europa*, *Les Cahiers du Lonzac* et *Les Cahiers de l'Institut*.

Toutes les informations relatives à nos manifestations scientifiques et à nos éditions sont consultables dans une rubrique spéciale sur le site internet de la Fondation Varenne, de même que l'ensemble des renseignements nécessaires pour candidater au Concours de thèses ou nous proposer une publication.

<http://www.fondationvarenne.com/>

Pour toute question, n'hésitez pas à nous contacter :

magalie.besse@fondationvarenne.com

Votre Livre
de A à Z

Conception

Maquette

Mise en page :

Akilafote.com



Achevé d'imprimer sur les Presses

