

« La transparence, un concept opaque ? »

par

Benoît FRYDMAN

La transparence est-elle un mythe ou l'essence de notre monde ? Qualité d'un milieu, celui de la société de l'information, de la communication et du spectacle, la transparence s'impose comme une vertu cardinale, mais paradoxale de notre temps : nous l'exigeons comme le moyen de déjouer les crimes et les abus, en même temps que nous dénonçons avec dégoût ceux qui en usent pour en voir ou en montrer toujours davantage.

Comme le monde des médias et celui des affaires, le droit célèbre désormais le règne de la transparence. Inconnue du vocabulaire des juristes il y a encore trente ans, on aurait peine aujourd'hui à dresser la liste complète des textes qui, à tous les niveaux, la proclament et parfois l'organisent. Mais que signifie au juste, sur le plan juridique, cette notion que certains élèvent au rang de « droit fondamental » ou de « principe général », tandis que d'autres la condamnent comme une illusion naïve ou une idéologie pernicieuse ?

Le droit classique ne connaît pas la transparence, mais bien un concept voisin : la publicité. Celle-ci désigne les formalités par lesquelles le droit contraint à faire connaître ou à donner accès à une information qui à défaut risquerait de demeurer cachée. De l'enregistrement des actes à la publication des bans, du bonnet vert des faillis à la rouelle jaune des Juifs, de la mise au pilori à la flétrissure des condamnés, l'origine de la publicité se perd dans les profondeurs de l'Ancien droit et affecte tous les domaines de la vie sociale. Elle avait souvent pour but d'obliger ceux qui en faisaient l'objet à se montrer pour ce qu'ils étaient vraiment, afin que les honnêtes gens et les agents du pouvoir puissent lire leurs péchés sur les marques de leur corps ou la couleur de leur habit.

La Modernité confèrera à la publicité une autre dimension en lui assignant un nouvel objet. Les Lumières retournent en effet la publicité contre le pouvoir lui-même et ses organes pour en éclairer les arcanes et déjouer leur obsession du secret. Ensuite de quoi, la Révolution inscrira dans la Constitution la publication des lois et des règlements, ainsi que des jugements et des arrêts, mais aussi l'obligation de motiver les décisions judiciaires, et de tenir en public les audiences des juridictions comme les délibérations du Parlement. Axiome fondamental de la légalité selon Kant, la publicité devient ainsi, avec la liberté de la presse qui garantit la libre circulation des informations, un élément essentiel des dispositifs de contrôle démocratique.

Qu'est-ce alors que la transparence ? S'agit-il seulement de rajeunir le terme un peu vieux jeu de « publicité », rendu au surplus ambigu par son usage commercial ? Ou faut-il voir au contraire dans la transparence, une idée neuve impliquant un régime et des obligations radicalement différents ? Pour s'en faire une idée, le mieux est sans doute de procéder du connu vers l'inconnu et de tenter de repérer, au départ de certains champs où elle se déploie, si et en quoi la transparence manifeste un approfondissement, un déplacement ou au contraire une subversion du principe de publicité, tel que nous le connaissons en droit.

Une première extension de la publicité concerne la bureaucratie. L'article 32 de notre Constitution, introduit en 1993, permet à tout citoyen de se faire communiquer et de prendre copie, en principe, de tous les documents administratifs. Avec les dispositions légales qui la mettent en œuvre et les règles équivalentes aux niveaux local et supranational, ces normes organisent ce qu'il est convenu d'appeler la « transparence administrative ». Ces nouvelles

règles se justifient comme une suite nécessaire de l'extraordinaire prolifération des appareils d'État, ainsi que par le souci légitime, mais peut-être illusoire, de percer à jour la boîte noire de l'administration en la logeant dans une tour de verre. Toutefois, par son caractère diffus, en tant qu'elle s'applique non pas seulement aux actes et décisions, mais de manière généralement quelconque à tous les documents, la transparence se distingue de la publicité qui visait à faire connaître, par le moyen d'une formalité particulière, un acte spécifique à un moment bien précis. De ce fait, l'extension de la transparence peut paradoxalement conduire à la dilution de la publicité.

Certains projettent également d'imposer la transparence au pouvoir judiciaire. Sans doute n'est-il pas prévu, comme en 1793, de contraindre les juges à délibérer sur les bancs et à « opiner à haute voix et en public ». Mais la transparence affecterait potentiellement toutes les notes et autres circulaires par le moyen desquelles s'organise au quotidien le service public de la justice, aux niveaux du siège, du parquet et du greffe. Nul ne contestera que ces administrations doivent absolument gagner en clarté et améliorer leur communication à l'égard des justiciables. Mais plutôt que de leur imposer cette transparence en réalité impossible (du moins tant que s'appliquera le principe du secret dans la phase préparatoire de la procédure pénale), ne faudrait-il pas commencer par revitaliser la publicité judiciaire en l'adaptant aux moyens du présent ? L'objectif du prononcé des décisions en audience publique (exigence qui comme on sait n'est plus guère respectée dans nombre d'affaires) ne serait-il pas mieux atteint si les juridictions, suivant l'exemple de nos cours suprêmes, publiaient systématiquement et sans délai leurs décisions sur un site internet ? De même, n'est-il pas temps d'aborder sérieusement et sans tabou, comme c'est le cas dans plusieurs pays voisins ou proches, la question de la présence des caméras et des micros dans les salles d'audience ? Il est à cet égard symptomatique que les mêmes qui, d'un côté, réclament à grands cris la transparence, s'indignent par ailleurs de ce qu'ils considèrent comme une concession indigne au voyeurisme et à la justice spectacle et qui n'est pourtant que l'actualisation des principes inscrits dans notre Constitution.

Cependant, la transparence ne fait pas qu'étendre la publicité, au risque de la submerger, elle en marque aussi les glissements. Elle tend ainsi à déplacer le contrôle politique du mandat public vers la personnalité et le comportement de celui qui l'exerce. Chacun le sait bien, le bilan ou le programme d'une personnalité politique compte souvent moins aujourd'hui que son mode ou son lieu de vie, ses déclarations de revenus ou ses bulletins de santé, quand ce n'est pas sa bonne mine ou la couleur de son maillot de bain. S'accroît ainsi la difficulté de tracer et de garder la frontière de la vie privée de ces personnalités que l'on dit « publiques », ainsi d'ailleurs que de ces élites que, par une curieuse antiphrase, on qualifie de « people ».

Mais l'exigence de transparence ne se limite pas bien entendu aux pouvoirs politiques. Elle se diffuse partout et se focalise notamment sur les puissances économiques et singulièrement sur les entreprises et leurs dirigeants, qu'une multitude d'observateurs, de surveillants et de contrôleurs presse chaque jour de se raconter, de dévoiler leur stratégie et leurs objectifs, de commenter leurs performances ou d'expliquer leurs échecs. Les obligations de publicité des sociétés, qui portaient classiquement sur les statuts, les comptes et l'identité des mandataires, ont été considérablement étendues, spécialement pour les sociétés cotées en bourse (d'ailleurs appelées « sociétés publiques »), notamment en matière de déclarations de participations et d'O.P.A., au point qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine y devine l'émergence d'un nouveau principe général du droit. En outre, les marchés et l'opinion exigent toujours davantage d'informations, notamment des rapports non financiers sur la politique sociale et environnementale de l'entreprise, de même que sur son mode de gouvernance et les rémunérations de ses dirigeants, ainsi que sur ses « affaires étrangères », c'est-à-dire les activités « off shore » des groupes transnationaux, leurs relations avec certains régimes, leur

comportement à l'égard des droits de l'homme. Ces revendications de la société civile apparaîtront à beaucoup dérisoires et, en tout cas, bien insuffisantes pour domestiquer les forces du capital, émancipées par la mondialisation, et mettre des bornes à l'appétit insatiable de la rente. Elles ne sont pourtant pas sans évoquer celles que la Nation en germe adressait, à la fin de l'Ancien régime, au gouvernement, avant d'en transformer la nature.

Il faut conclure. La transparence n'est pas un mythe, mais cela n'en fait pas pour autant un concept juridique. Elle exprime une valeur, mais surtout elle dénote un fait : celui de la fluidité de l'information, qui n'est plus seulement quérable, mais aussi portable et transportable à volonté, à la vitesse de la lumière, sur toute la surface du globe, à un coût réduit. Il n'est pas au pouvoir du droit de décréter la transparence, pas plus que de l'interdire. La mission du droit est de tracer la frontière incertaine et mouvante entre ce qui appartient au domaine du public et doit donc être publié et ce qui relève du privé, voire du secret. Cette ligne de démarcation entre le public et le privé, dont certains philosophes prétendent qu'elle est l'objet même de la politique et l'enjeu de ses combats.

FRYDMAN, Benoît, « La transparence, un concept opaque ? », Journal des tribunaux, 2007/6265, pp. 300-301.