

L'ÉTAT ENTRE TRANSPARENCE
ET SECRET

LA QUESTION DE LA TRANSPARENCE ET DU SECRET, notamment dans les rapports entre l'État et les citoyens a, avant et après les Considérations générales du rapport public pour 1995 du Conseil d'État consacrées à ce thème, été l'objet de nombreuses études et réflexions¹. Une part de ces études et travaux fait, à titre principal, valoir que la démocratie s'est, en France, comme dans la plupart des pays modernes, largement construite contre le et les secrets de l'État, le et les secrets du monarque et de ses conseillers, de ses polices, de ses coups d'État ; une autre n'a pas manqué de relever que toutes sortes de motifs militent pour que soit, même en démocratie, préservée dans l'action publique une zone de secret, au moins de confidentialité. Des dirigeants responsables ne travaillent pas, en effet, sous la dictée des groupes de pression, de la rue ou des comités populaires. Dans un monde qui n'est pas innocent, la défense des intérêts collectifs de la nation suppose en outre, notamment dans des circonstances critiques, de ne pas être exposée sans protection aux menées de l'adversaire. Enfin la matière première du service public n'est souvent autre que la vie privée des citoyens, qu'il convient dès lors de protéger, entre les mains des opérateurs relevant plus ou moins directement de l'État ou des collectivités publiques qui la manient.

25

Secret et transparence n'ont pas, au demeurant, la même portée selon ce à quoi ils s'appliquent. Le ou les secrets des pouvoirs, et la

1. Voir Michel Couëtoux, R. Di Ruzza, J. Dumoulin, Jean-Jacques Gleizal, *Figures du secret*, PUG, 1981 ; *Le Secret*, textes réunis par Philippe Dujardin, CNRS, Centre régional de publication Lyon, PUL, 1987 ; André Damien, *Le Secret nécessaire*, Desclée de Brouwer, 1989 ; *Secret et Droit*, travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV, Dalloz, 1974.

transparence imposée aux activités privées entretiennent plus de parenté que les secrets des pouvoirs n'en entretiennent avec ceux des citoyens, la transparence du fonctionnement des pouvoirs avec celle des activités privées. C'est donc en réalité moins à une contradiction bipolaire qu'à un double système de contradictions qu'on se trouve confronté ; système qu'on pourrait figurer ainsi :

Privé	Transparence	Secret	Transparence	Secret	Combinaison du secret et de la transparence
Public	Transparence	Secret	Secret	Transparence	
	Sociétés innocentes (primitives)	Sociétés traditionnelles	Sociétés autoritaires	Sociétés libérales idéales	Sociétés libérales concrètes

26

Au fur et à mesure que la réflexion s'approfondit, il apparaît, au total, de plus en plus clair que transparence et secret, notamment de l'action publique, loin de s'opposer de façon irréconciliable, doivent faire l'objet d'un dosage et d'une articulation.

L'enjeu n'en est pas moins, à titre principal, d'assurer plus de transparence à ce qui est longtemps resté secret : les actes des pouvoirs ; plus de secret à ce que les pouvoirs ont durablement souhaité, et souvent réussi à scruter : la vie privée.

Car nul doute que laisser les pouvoirs s'entourer de trop de secret présente plusieurs inconvénients majeurs :

- renforcer leurs prérogatives, celles du gouvernement et de l'administration face aux citoyens ;
- rendre impossible tout contrôle de leurs agissements par l'opinion, et même par les corps dont c'est la fonction ;
- encourager le développement de formes dévoyées d'information, de la publicité mensongère à la propagande à l'état pur, sans oublier les rumeurs et autres manipulations ;
- maximiser les inégalités en matière d'accès aux informations permettant de s'adjuger une part plus ou moins grande des avantages collectifs : emplois publics, commandes publiques, espaces appropriables ;
- nourrir les tentations d'arbitraire, de concussion, de corruption, de patrimonialisation du pouvoir, d'accaparement par celui-ci et par ses proches de toutes les formes de richesses et d'influences.

Et nul doute que laisser les mêmes pouvoirs ou leurs démembrements scruter sans mesure la vie privée des citoyens ne leur donne, sur ceux-ci, et singulièrement sur les plus fragiles d'entre eux (minoritaires de toutes espèces), des moyens de pression intolérables, ouvre la voie aussi, comme le secret de l'action publique, à la réalisation de toutes sortes d'ambitions, de celle de se pérenniser ou de s'augmenter par la manipulation et l'usurpation, à celle de sacrifier à différentes catégories de fantasmes hygiénistes, punitifs, xénophobes, racistes ou totalitaires.

L'enjeu consistant à faire reculer le secret du pouvoir, et à protéger celui de la vie privée n'est, dès lors, pas vraiment contesté dans les sociétés libérales évoluées.

Reste que, par-delà leur adhésion théorique à une telle démarche, il est sans doute difficile d'emporter des praticiens de l'action politique une adhésion totalement vécue à la rupture radicale qu'elle retrace avec les théories de l'action politique dont le développement a accompagné la naissance des États contemporains (Bacon, Machiavel, Richelieu, Mazarin, Charron, Racine), leur développement (Clausewitz, Hegel) et leur contestation (Marx, Sorel)².

27

Aussi bien, d'être parvenu à une compréhension raisonnablement claire de la véritable nature de l'enjeu, et d'avoir franchi, pour y satisfaire, des étapes significatives n'exclut-il pas différentes catégories de difficultés pour mettre au jour des solutions sur tous les fronts et en toutes hypothèses également convaincantes.

La démocratie a assurément fait un pas considérable en même temps que la qualité du service public avec l'organisation d'une publicité digne de ce nom des principales catégories d'actes administratifs ; avec l'introduction, en matière de recrutement des agents publics, de règles de transparence de nature à mettre fin au patronage et au népotisme ; avec l'introduction de règles analogues en matière de marchés publics, ainsi qu'en matière d'autorisations de construire et, plus généralement, d'occupation de l'espace. De nouvelles étapes ont été franchies avec les

2. «La dissimulation qui est vicieuse au particulier est très nécessaire au prince » (Charron) ; «L'histoire du roi... est un enchaînement continu de faits merveilleux... aussi intelligibles quand ils sont exécutés qu'impénétrables avant l'action » (Racine, discours prononcé à l'Académie française pour la réception de Messieurs de Corneille et de Bergeret, 2 janvier 1685, *Œuvres complètes*, t. I, La Pléiade, Paris, 1966, p. 350. La fascination du secret du prince parcourt toute l'œuvre de Racine : « Et tandis que Burrhus allait *secrètement*/De l'armée en vos mains exiger le serment » (*Britannicus*) ; «Le cabinet superbe et solitaire/Du *secret* de Titus est le dépositaire » (*Bérénice*).

grandes lois de la fin des années 1970 relatives à l'accès aux documents administratifs, aux modalités de création et d'exploitation des fichiers informatiques, à la motivation des actes administratifs, à la transparence du patrimoine des élus et hauts fonctionnaires.

C'est également pour le plus grand bien de la démocratie qu'ont été maintenues ou consolidées :

- les règles relatives au secret auquel sont tenus les fonctionnaires en général, et certaines catégories de fonctionnaires en particulier ;
- les règles soustrayant à toute publicité certaines phases de certaines procédures, notamment certaines catégories d'enquêtes publiques.

28 De même est-ce à juste titre que les grands textes déjà cités ont systématiquement fait réserve, pour définir le champ de la transparence, d'un certain nombre de catégories de secrets dont l'énumération est maintenant devenue canonique :

- secret des délibérations gouvernementales, à quoi il faut pour partie assimiler la construction jurisprudentielle que constitue le secret des délibérations préparatoires ;
- secret de la Défense nationale et de la sécurité publique, et secrets accessoires (secret diplomatique, secret de la monnaie) ;
- secret des affaires ;
- secret médical.

Mais un certain nombre de difficultés demeurent. Ces difficultés sont d'abord d'ordre socio-politique ; nombreuses sont les forces qui se révèlent hostiles à une optimisation des solutions recherchées. On ne comprendrait pas, sinon :

- les paradoxes qui gouvernent parfois, comme dans l'affaire Aranda, ou d'autres, la mise en œuvre de l'obligation de secret des fonctionnaires, celui qui révèle une malversation ou une négligence criminelle de l'autorité publique apparaissant comme plus coupable que celui qui l'a commise ;
- les vicissitudes de la loi Sapin et des différents textes tendant à la lutte contre la corruption par la promotion de la transparence, les retouches successives à eux apportées, tantôt pour franchir une nouvelle étape, tantôt pour revenir en arrière ;
- la lenteur observée dans la mise en place de formules de contrôle de longue date reconnues nécessaires (ainsi en matière d'écoutes téléphoniques ; ainsi en matière de fichiers de police, dont beaucoup per-

sistent, vingt ans après la loi Informatique et libertés, à fonctionner en marge de celle-ci, et dont la régularisation donne toujours lieu à des épisodes épiques ; ainsi en matière de contrôle des activités de la police, voire les aventures du Conseil supérieur préconisé par le rapport sur les réformes de la police de 1981, mis en place sous une forme croupion en 1993, presque aussitôt supprimé, et seulement récemment restauré sous une forme plus ambitieuse) ;

- les incessantes modifications apportées au régime de publicité, ou de non-publicité, des investigations des juridictions financières portant sur l'activité des collectivités locales ;

- l'étrange solution qui prévaut pour les avis du Conseil d'État, toujours secrets, mais annuellement presque intégralement publiés, avec l'accord du gouvernement dans le rapport de l'institution, pour autant qu'il s'agit d'avis en réponse à des questions, et non pas d'avis sur des projets de textes, dont les rapports des sections révèlent au reste également la teneur.

29

Quant au maximalisme qui persiste à prévaloir en matière de secret défense, du fait d'un système très englobant de dérogations à toutes les règles de transparence, et d'une très grande réserve des juridictions des deux ordres devant toute mise en cause du caractère absolu de ce secret, il fait incontestablement de celui-ci, selon une belle expression de la doctrine, un « angle mort » des dispositifs de régulation des institutions.

Encore les mesures destinées à faire simultanément reculer le secret public et l'exposition de la vie privée aux investigations publiques exagérément indiscrètes ne sont-elles jamais tout à fait acquises. On voit bien comment, avec les progrès de la construction européenne, le débat tend à rebondir pour cause de mise en présence de nouvelles catégories d'intérêts, et de nouvelles représentations des mérites respectifs des intérêts à protéger, et des concepts de référence. La croyance dans les vertus du marché, le scepticisme vis-à-vis de la notion française de service public, et de l'existence d'une sphère intermédiaire entre marché et puissance publique, sous-tendent les thèses avec lesquelles les négociateurs français ont dû composer à l'occasion de la préparation et de la mise au point de la directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel...

Quand bien même la délimitation de la sphère de la transparence et de celle du secret n'est pas conduite à la lumière de préoccupations de maîtrise politique ou corporative, elle soulève au surplus des questions techniques extrêmement compliquées. Les Considérations générales du rapport public du Conseil d'État déjà mentionnées ont consacré à ce

30 sujet de longs développements, tant en ce qui concerne les difficultés nées de la coexistence d'une législation générale et de législations spécialisées relatives à la communication de documents administratifs, qu'en ce qui concerne les divergences d'interprétation, par la CADA et par la CNIL, de la notion d'informations à caractère nominatif. Il a, depuis, été partiellement porté remède à ces difficultés. Les mêmes Considérations générales ont également fait leurs très intéressants développements d'un des derniers rapports de la CADA sur la difficile conciliation, en matière d'enquête publique, entre souci de protection des documents préparatoires et préoccupations de publicité de certains éléments de ces procédures. Une conciliation qui se révèle identiquement problématique, dans le cadre des procédures juridictionnelles cette fois, entre le principe du contradictoire et la notion du secret protégé. Cette question a, au cours des dernières années, beaucoup préoccupé la juridiction administrative, qui en est, pour l'essentiel, venue à bout s'agissant du secret des affaires (voir Banque de France c. Huberschwiller en 1988), du secret médical (voir Ministre de l'Intérieur c. MFD en 1995), mais pas, cela conforte les réflexions précédemment proposées sur la nature singulièrement péremptoire et impérialiste de ce secret, s'agissant du secret défense, pour lequel la vieille jurisprudence d'assemblée du Conseil d'État (Secrétariat d'État à la Guerre c. Coulon de 1955) demeure applicable, ce qui n'est pas satisfaisant.

À la limite, il est vrai, entre le conflit de pouvoir et la difficulté technique, plusieurs affaires (notamment la décision de la cour d'appel d'Angers de 1994 condamnant un médecin, un psychologue, une assistante sociale, deux éducateurs spécialisés et un directeur d'établissement qui se pensaient couverts par le secret professionnel, au motif que, tenant leur compétence d'un mandat de l'autorité judiciaire, celle-ci aurait dû immédiatement être informée de suspicions de viol) ont par ailleurs révélé combien fait difficulté, même après la mise en place d'une réforme législative très attendue, et considérée par les intéressés comme globalement satisfaisante – celle des dispositions du Code pénal portant sur le secret professionnel –, l'application à certains opérateurs du service public social de règles essentielles à la sécurité de leur exercice professionnel.

On n'en a pas fini non plus de faire le départ, de façon satisfaisante, entre ce qui, dans la vie de ceux qui incarnent l'État, des hommes publics, relève de la nécessaire transparence des agissements publics, et ce qui relève du secret de la vie privée. On assiste fréquemment, sur ce terrain, à l'affrontement de maximalismes rivaux : celui des journalistes désireux d'étendre la sphère de leurs investigations, celui des intéressés

enclins à revendiquer le droit au secret sur cela même dont il leur arrive de se prévaloir, avec ou sans sincérité, ouvrant ainsi la carrière à un droit de vérification.

Par-delà toutes ces difficultés, il faut encore compter avec la prolifération des technologies qui accroissent sans cesse les possibilités de pénétration dans les zones couvertes par l'une ou l'autre forme de secret, comme aussi, dans une mesure moindre semble-t-il, mais c'est à vérifier, les possibilités de retranchement contre toute transparence. L'informatique, avec les trois grandes tentations qui sont consubstantielles – recueillir toujours plus d'informations personnelles, les conserver longtemps, interconnecter les fichiers –, mais aussi d'autres procédés, la vidéo-surveillance, les images numérisées, les procédés de localisation des véhicules, les cartes à mémoire, la télématique, la cryptologie, surtout lorsqu'on les combine, peuvent conduire à la paralysie des systèmes de protection des secrets légitimes. D'autant que le droit applicable se révèle souvent obsolète quant aux prévisions qu'il énonce, par le vocabulaire qu'il emploie, au point de rendre acrobatique ou impossible tout raisonnement par référence. Le professeur Frayssinet a développé, à ce sujet, des analyses essentielles, que ne peuvent que confirmer les interrogations soulevées par la régulation d'Internet et des réseaux numériques, question à laquelle le Conseil d'État a, en 1997, consacré une étude spécifique.

31

Il revient donc aux politiques et aux juristes de suivre avec attention l'évolution des techniques, de faire preuve à la fois de détermination et d'inventivité. De détermination parce qu'on met du temps à reconquérir les terrains perdus ; d'inventivité parce que c'est le seul moyen de faire face à la multiplicité des possibles ; étant entendu qu'aucun procédé n'est idéal. La formule des autorités indépendantes, des tiers de confiance n'est pas elle-même parfaite ; elle suscite des frustrations et des insatisfactions souvent fondées (c'est manifestement le cas en matière d'accès indirect aux fichiers). Elle a néanmoins, et peut encore, favoriser des transitions. Singulièrement dans les domaines où ce qui est en cause est un secret à double détente, un secret du secret, notamment un secret de la violation publique du secret privé (écoutes, fichiers, etc.), occurrence parfois légitime, mais plus couramment perverse. Ou encore dans les domaines où la délimitation entre transparence ou secret légitime et transparence ou secret illégitime est particulièrement délicate : défense ; vie privée des hommes publics.

Peut-être est-il, de ce point de vue, exact que « les véritables sources du secret » sont pour une part « les propres lacunes du droit » (J. Laveis-

sière), et que si la démocratie concrète n'est pas en définitive assimilable à un « régime de lumière excluant tout secret de la part des autorités publiques » (J. M. Auby), cela tient, à parts égales, à la rémanence dans l'ère démocratique de plus d'un réflexe autocratique, et à la difficile conversion de nombre d'outillages, juridiques comme technologiques, d'un maniement au service du pouvoir à un maniement au service des libertés.

R É S U M É

La démocratie s'est largement construite contre le secret des pouvoirs et la transparence imposée aux activités privées. Au fur et à mesure que la réflexion s'approfondit, il apparaît cependant de plus en plus clairement que transparence et secret, notamment de l'action publique, doivent faire l'objet d'un dosage et d'une articulation. Ce qui n'exclut pas qu'il faille éliminer les angles morts des dispositifs de régulation des institutions, et veiller à ce que le droit ne soit pas dépassé dans son effort d'organisation de la transparence nécessaire et de la protection des secrets légitimes par l'explosion des technologies.