

GUIDES TO GOOD GOVERN- ANCE

No. 04

Accès à l'information et
limites de la transparence
vis-à-vis du public



CENTRE FOR INTEGRITY
IN THE DEFENCE SECTOR



CENTRE POUR L'INTÉGRITÉ DANS LE SECTEUR DE LA DÉFENSE

Le Centre pour l'intégrité dans le secteur de la défense (CIDS) favorise l'intégrité, les mesures de lutte contre la corruption et la bonne gouvernance dans le secteur de la défense. En collaboration avec ses partenaires norvégiens et internationaux, il a pour but de renforcer les compétences, de sensibiliser l'opinion et de fournir des moyens pratiques afin de limiter les risques de corruption. Le CIDS a été créé en 2012 par le ministère de la Défense norvégien.

Les opinions contenues dans le présent livret sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du ministère de la Défense norvégien, qui ne saurait en aucun cas en être tenu responsable.

À PROPOS DE L'AUTEUR

Expert international associé au CIDS, **Francisco Cardona** est un spécialiste renommé de l'élaboration et l'évaluation des réformes de la fonction publique et de l'administration publique, du droit et de la justice administratifs, des politiques de lutte contre la corruption et du renforcement des institutions. Son expérience s'étend de son Espagne natale, où il a poursuivi une carrière dans la fonction publique, aux organisations internationales, notamment au programme SIGMA de l'OCDE, où il a passé 15 ans en tant qu'analyste principal de politiques dans le domaine de la gouvernance publique. Il conseillait alors 25 pays en transition et en développement d'Europe de l'Est, d'Afrique, d'Amérique latine et de la région des Caraïbes. Juriste diplômé de l'université de Valence (1976), il est titulaire de plusieurs masters d'administration publique.

AVANT-PROPOS

Guides to Good Governance

Le CIDS publie aujourd'hui le quatrième livret de la série des *Guides de bonne gouvernance*. Nous avons pour objectif, au travers de ces derniers, de faire le point sur des problématiques clés touchant à la « bonne gouvernance ». Concises sans tomber dans la simplification à outrance, ces brochures s'adressent à un vaste public.

L'auteur s'est efforcé de présenter de manière synthétique les meilleures pratiques qui, au niveau international, régissent l'accès du public aux informations. Il est en effet malaisé de trouver le bon équilibre entre cette exigence et le souci légitime d'un État de protéger certaines données afin, entre autres, de préserver la sûreté et la sécurité du pays et de ses citoyens. C'est particulièrement le cas dans le domaine de la défense, où le secret reste jusqu'à un certain point indispensable. Mais il arrive parfois que des considérations de sécurité nationales soient invoquées dans le seul but de dissimuler des informations ayant vocation à être largement diffusée et qui devraient être portées sur la place publique. J'espère que nous sommes parvenus à trouver ce juste équilibre.

Ce guide a été rédigé par Francisco Cardona, expert international de haut niveau au CIDS. Je tiens à le remercier de nous avoir fait bénéficier de ses compétences et de sa longue expérience.

Je voudrais également adresser mes remerciements à Ingrid Busterud, rédactrice, qui assuré la mise en forme de cette brochure.

Nous espérons que cette contribution à la bonne gouvernance pourra être mise à profit par un vaste public, tant au sein du secteur de la défense qu'en dehors de celui-ci. L'accès du public aux informations s'avère essentiel dans une société libre et démocratique et constitue un des piliers de la bonne gouvernance. Le CIDS prendra connaissance avec intérêt des observations que voudront bien lui faire parvenir les lecteurs de cette brochure.

Oslo, le 23 mai 2016



Per Christensen
Directeur du CIR

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
UN « DROIT DE SAVOIR » EN DEVENIR.....	4
LA TRANSPARENCE, OU COMMENT PASSER D'UNE VALEUR ABSTRAITE À DES PRATIQUES INSTITUTIONNALISÉES RELAYÉES PAR LES INSTITUTIONS DE POUVOIR.....	7
UN ÉQUILIBRE DÉLICAT PAR RAPPORT À D'AUTRES VALEURS DU SERVICE PUBLIC.....	10
LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION ET CONFIDENTIALITÉ DES SECRETS D'ÉTAT	10
LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION ET PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE	14
CONCLUSIONS.....	19

Introduction

L'information, la liberté d'expression et la transparence jouent un rôle primordial en démocratie ; c'est sur elles, en effet, que reposent la participation éclairée des citoyens au processus politique et, au bout du compte, la protection des droits de l'homme. Pilier de la participation citoyenne, de la redevabilité de la fonction publique et de la transparence gouvernementale au sens large, l'accès à l'information est indissociable de toute véritable démocratie. Il aide les individus à se forger une image plus positive d'eux-mêmes en tant que citoyens et réduit les risques d'autoritarisme, de corruption et de mauvaise administration.

Cette brochure explique comment la transparence est en train de s'ériger en vertu publique dans de nombreux pays. La transparence est devenue emblématique de la bonne gouvernance. Plus un État se montre ouvert et transparent, plus son système de gouvernance publique aura des chances d'être efficace.

Nous allons nous pencher sur la manière dont la transparence s'impose progressivement dans les pratiques administratives en usage dans les pays de l'OCDE et de l'Union européenne. Nous allons également épingler les limites auxquelles se heurte l'accès public à l'information, et verrons dans quelle mesure l'on parvient – ou au contraire, l'on échoue – aujourd'hui à abattre les obstacles à la transparence dans les pratiques administratives.

Les principaux facteurs limitant la transparence sont à mettre en lien avec la protection des secrets d'État et la protection de la vie privée. Bien que répondant à des préoccupations légitimes, ces restrictions doivent être considérées comme des exceptions au principe fondamental d'un accès complet aux informations.

La protection des secrets d'État est légitime dans la mesure où elle est justifiée ; la transparence, elle, n'a pas besoin de justification. Mais ce principe est loin d'être appliqué dans de nombreux pays. De plus, le droit à l'information (« droit de savoir ») et la protection des secrets d'État sont des notions aux finalités opposées. Ceci explique pourquoi l'idée – erronée – selon laquelle sécurité nationale et défense nationale doivent, par définition, rester en dehors du champ législatif et échapper au contrôle du citoyen est encore très répandue aujourd'hui.

L'auteur s'est délibérément abstenu d'aborder la protection des données privées (personnelles ou à caractère commercial) pour centrer son propos sur l'accès aux informations présentant un intérêt pour le public. En effet, le libre accès à ce type de données va logiquement favoriser une gouvernance publique de qualité tandis qu'à l'inverse, leur dissimulation pourra remettre en question la qualité des régimes et de la gouvernance démocratiques.

Un « droit de savoir » en devenir

De plus en plus de voix s'élèvent aujourd'hui pour demander une transparence et une liberté d'information plus poussées. Quelque 105 pays se sont dotés, à ce jour, de lois plus ou moins abouties et vastes sur l'accès public à l'information.¹ De même, les gouvernements sont nombreux à rejoindre le Partenariat pour un gouvernement ouvert, alliance mondiale œuvrant pour la transparence créée en 2011. En 2015, cette organisation réunissait 66 pays.²

Les organes internationaux de défense des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme de l'ONU (2011), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2006) et la Cour européenne des droits de l'homme (2009 et 2013) ont décrété que l'accès aux informations détenues par des organes publics constitue un droit de l'homme, et cette interprétation est partagée par l'Union européenne dans le Traité de Lisbonne de 2010 (article 15 du TUE).

L'article 15 du TUE dispose en effet que « afin de promouvoir une bonne gouvernance et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect

possible du principe d'ouverture » et rappelle que « tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support ». De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dorénavant contraignante pour tous les États membres, garantit explicitement « le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne » (article 41) et le droit d'accès aux documents des institutions européennes (article 42).

Le programme SIGMA de l'OCDE nous apprend que le droit d'accès aux documents administratifs n'a été reconnu que récemment en tant que droit fondamental. Certes, la transparence administrative était considérée depuis longtemps comme une idée attrayante dans de nombreux pays occidentaux, mais n'y suscitait que peu d'intérêt. La Suède, où une réglementation sur la liberté de la presse a, dès 1766, introduit un principe d'accès public aux documents officiels, offre à cet égard un exemple à la fois précoce et remarquable. La Finlande a introduit une réglementation semblable en 1951 et la Norvège ainsi que le Danemark lui ont emboîté le pas en 1970. Les États-Unis ont promulgué leur première Loi sur la liberté d'information (LLI) en 1966.

¹ Classement mondial du droit à l'information (en anglais, RIT). Voir <http://www.rti-rating.org/country-data>

² Partenariat pour un gouvernement ouvert. Voir <http://www.opengovpartnership.org/>

L'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande ont suivi le mouvement en 1982-83. Au Royaume-Uni et en Europe continentale, le principe de la transparence s'est heurté à une résistance plus forte. Dans un premier temps, il a été uniquement mis en œuvre au travers de Lois relatives aux procédures administratives (LPA). Toutefois, au cours des deux dernières décennies, les lois sur la liberté de l'information se sont multipliées, venant compléter cette « transparence procédurale ».³

En 1999, Yehezkel Dror a consacré une étude à la nécessité de promouvoir la transparence et l'ouverture dans l'exercice du pouvoir.⁴ Après avoir conceptualisé ces notions en tant que normes et instruments, il concluait que « le renforcement de la transparence et de l'ouverture [devait] s'envisager de manière itérative dans le cadre de la mise à niveau permanente des capacités d'exercice du pouvoir et du cheminement vers une 'démocratie de qualité' au sens large ». Dans la même veine, Amartya Sen (1999) avance que la garantie de transparence est une liberté fondamentale clé qui contribue à la liberté des individus et aide à réduire la corruption.⁵

Dans de nombreux pays, l'accès à l'information est un droit de l'homme garanti par la Constitution. On pourrait croire que les législations nationales sur la liberté de l'information et l'action menée au niveau international pour établir des normes en la matière combinent leurs effets pour alimenter un élan inéluctable en faveur de la transparence. Or, ce n'est pas forcément le cas. La transparence en tant que caractéristique de la gouvernance publique continue aujourd'hui à se construire et, dans de nombreuses parties du monde, reste un but à atteindre.

Une démocratie de qualité passe certes par des élections libres et équitables, mais ces dernières ne suffisent pas. Au cours des dernières années, de processus électoraux réguliers ont abouti, dans de nombreux cas, à la formation de gouvernements autocratiques. Le rapport *Freedom of the World 2015* de l'ONG Freedom House fait état, pour la neuvième année consécutive, d'une chute globale des libertés.⁶ Et il épingle des phénomènes inquiétants en train de se développer dans différents pays – surveillance d'État, restrictions imposées aux communications par l'internet ou atteintes à l'autonomie individuelle. Le rapport signale par ailleurs que la liberté n'a pas cours dans 26 % des pays du monde. Enfin, on observe, dans certains pays, des tentatives de revenir sur les

3 OCDE. 2010. « Le droit à des administrations publiques ouvertes en Europe - Normes juridiques émergentes ». Documents SIGMA, No. 46. Éditions OCDE, Paris.: <http://dx.doi.org/10.1787/5km4g0zfq27-fr>

4 Dror, Yehezkel. 1999. « Transparency and Openness of Quality Democracy ». *Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities*. M. Kelly, Ed. Maastricht: NISPAcee Forum, 1999. 25-43.

5 Sen, Amartya. 1999. *Development as Freedom*. Anchor Books, Alfred A. Knopf Inc. Publisher New York, pp. 38-40.

6 Freedom House. 2015. « Freedom in the World 2015 ». Voir: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015?gclid=CLHLZtT0o8gCFafnwgodQEMKkw#Vg6Jefntmkp>

avancées qui devaient permettre aux citoyens d'exercer leur « droit de savoir » vis-à-vis de leurs gouvernements.

C'est ainsi qu'au cours de l'été 2015, on pouvait lire à la une d'un quotidien britannique : « *Right to know in peril as Government targets Freedom of Information* » (le droit à l'information compromis par les tentatives du gouvernement de restreindre la liberté d'information).⁷ Le 26 juillet 2014, le premier ministre hongrois Viktor Orban annonçait sa volonté d'abandonner la démocratie libérale en faveur d'un « État illibéral », à l'exemple de la Russie et de la Turquie.⁸ Étudiée et définie dans le détail par Fared Zakaria en 1997, la notion de démocratie illibérale décrit des États officiellement démocratiques mais dépourvus de droits individuels constitutionnels et d'institutions « destinées à protéger l'autonomie et la dignité de l'individu face à la coercition d'où qu'elle vienne – de l'État, de l'église ou de la société ». ⁹ Par contraste, la démocratie libérale suppose que le pouvoir soit tenu, à tous égards, de rendre des comptes. Comme le rappelait Fukuyama, « un gouvernement est responsable quand les dirigeants considèrent qu'ils ont des responsabilités envers la population qu'ils gouvernent et placent l'intérêt des administrés au-dessus du leur ». ¹⁰

Alors que nombre d'institutions internationales et de gouvernements nationaux font l'apologie de valeurs démocratiques reposant sur l'accès à l'information et la liberté d'ex-

pression, on assiste de plus en plus, dans de nombreuses sociétés et parfois même jusqu'en Europe, à une dérive inquiétante vers le totalitarisme et l'autoritarisme. Comment interpréter ce paradoxe ? Comment gérer les conséquences de ces tendances contradictoires ? Comment se fait-il, alors que la transparence des pratiques gouvernementales a le vent en poupe au niveau international, que certaines des divulgations d'informations les plus marquantes de ces dernières années, qu'il s'agisse de comportements de certains fonctionnaires ou de politiques publiques douteuses, soient le résultat de fuites massives (Snowden, WikiLeaks, Manning, Lux-Leaks, Panama Papers, etc.) ? Celles-ci auraient-elles pu être évitées si les gouvernements avaient instauré des politiques de transparence mieux pensées ?

Ce document reviendra notamment sur la manière dont il convient de mener l'institutionnalisation concrète de ces grandes valeurs démocratiques abstraites que sont la transparence et le droit à l'information. Comme Hanna Arendt, nous partirons du principe selon lequel la liberté et la démocratie ne sont pas concevables en l'absence d'institutions appelées à les préserver. Au cœur de la réflexion de Hanna Arendt, il y a la certitude que la liberté ne peut exister en dehors d'un cadre institutionnel. Tout comme Montesquieu avant elle, Arendt considérait en effet que pouvoir et liberté sont indissociables.¹¹

7 The Independent. 17 juillet 2015. Voir <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/the-end-of-foi-right-to-know-in-peril-as-government-targets-freedom-of-information-10397935.html>

8 Simon, Zoltan. « Orban says he seeks to end liberal democracy in Hungary ». Bloomberg. 28 juillet 2014. <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-07-28/orban-says-he-seeks-to-end-liberal-democracy-in-hungary>

9 Zakaria, Fareed. 1997. « The Rise of Illiberal Democracy ». *Foreign Affairs*, Vol. 76, N° 6, nov-déc 1997, pages 22-43. Voir également : <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democrac>

10 Fukuyama, Francis. 2012. *The Origins of Political Order*. London: Profile Books. 321.

11 Berkowitz, Roger. 2012. *Jacques Rancière and Hanna Arendt on Democratic Politics*, dans Hanna Arendt Center-Bard College. Voir <http://www.hannaharendtcenter.org/?p=14131>

La transparence, ou comment passer d'une valeur abstraite à des pratiques institutionnalisées relayées par les institutions de pouvoir

Le droit à l'information (« droit de savoir ») reste lettre morte s'il ne peut s'appuyer sur des institutions publiques garantes du libre accès à l'information. L'élan international en faveur d'un accès plus facile à l'information et les déclarations des milieux internationaux érigeant l'accès à l'information en droit de l'homme ne mèneront nulle part s'il n'existe pas d'institutions nationales chargées de les mettre en œuvre, ou si ces dernières ne disposent pas des moyens nécessaires.

La forme que prendront ces institutions censées préserver l'accès aux informations sera fonction des circonstances propres à chaque environnement national. Il y a gros à parier que les pays dépourvus d'institutions démocratiques opérationnelles éprouveront les pires difficultés à garantir non seulement l'accès aux informations présentant un intérêt pour le public, mais également d'autres droits fondamentaux des citoyens.

Les pays plus avancés, en particulier ceux où opèrent des médias suffisamment indépendants et professionnels, seront normalement mieux équipés pour garantir le droit à l'information, que ce soit dans le secteur public ou privé. D'après l'enquête réalisée en 2014 auprès de la Fédération mondiale des annonceurs, la propriété des médias serait plus transparente en France, dans les pays scandinaves et au Ca-

nada. C'est dans ces pays également que les comités de rédaction seraient les moins assujettis aux annonceurs.¹² L'État a certes un rôle décisif à jouer dans la protection du droit à l'information des citoyens mais dans les pays cités plus haut, les médias du secteur privé peuvent agir en complément de l'État en diffusant des informations fiables présentant un intérêt pour le public.

Il devient clair, de nos jours, que le droit à l'information est indissociable du droit à la libre expression. Cette approche a été confirmée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 2006 ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme en 2009 et en 2013.¹³ Dans le même ordre d'idées, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans son Observation générale N° 34 du 29 juillet 2011, a fait sienne l'idée selon laquelle le libre accès aux informations détenues par les organismes publics et les entités privées constitue un droit fondamental, lequel ressortit au droit incontournable à la liberté d'expression inscrit

¹² Indice mondial de la transparence des médias, 2014. Voir http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/12/WFA_MEDIA_TransparencyIndex_Feb2014.pdf

¹³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire Claude Reyes et al. c. Chili, arrêt du 19 septembre 2006 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf) et Cour européenne des droits de l'homme, affaire Case Társaság a Szabadságjogokért (Union hongroise des libertés civiles) c. Hongrie, arrêt du 14 avril 2009 ; (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92171>) ; Cour européenne des droits de l'homme, affaire Initiative des jeunes pour les droits de l'homme c. Serbie, arrêt du 25 juin 2013 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120955>).

à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1948.¹⁴

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Guja c. Moldova* (arrêt du 12 février 2008) et *Heinisch c. Allemagne* (arrêt du 21 octobre 2011), invoque l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relative à la protection de la liberté d'expression¹⁵ pour justifier la protection des lanceurs d'alerte.

Il est donc fondé, sur le plan des concepts, de faire le lien entre le droit à l'information et la protection des lanceurs d'alerte car l'un comme l'autre sont des manifestations du droit à la liberté de parole et du droit du public à savoir ce qui se passe au sein des instances publiques. Le libre accès aux informations d'intérêt public n'est pas complet si le lancement d'alerte ne bénéficie pas de la protection solide accordée aux droits et aux devoirs civiques. La jurisprudence des tribunaux internationaux a d'ailleurs tendance à faire le lien entre protection de l'accès à l'information, liberté d'expression et participation active des individus à la vie publique.

L'institutionnalisation du droit à l'information passe par la mise en place d'un cadre juridique approprié et de procédures de gestion efficaces qui, en conjuguant leurs effets, permettent de rompre avec la culture du secret et de la dissimulation jusqu'ici omniprésente et de promouvoir une culture de la transparence. Le passage du culte du secret à la transparence et à l'accès à l'information sera parfois long et semé d'embûches, et ce même dans des démocraties accomplies, comme on peut le constater au Royaume-Uni.¹⁶

Le cadre juridique en question sera généralement constitué, d'une part, d'une loi relative à la liberté de l'information (LLI) énonçant des dispositions juridiques de base et détaillant les mécanismes de gestion mis en place et d'autre part, d'institutions chargées préserver l'accès à l'information – commissariats à l'information, organismes dédiés, etc. Il devra également prévoir des dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte, matière particulièrement complexe justifiant, comme le recommande l'OCDE, une législation séparée et distincte.¹⁷

Par ailleurs, aucun système institutionnalisé visant à défendre le droit à l'information ne peut fonctionner correctement en l'absence de procédures claires et formalisées destinées à éliminer les possibilités d'abus de pouvoirs discrétionnaires et à motiver, à tous les niveaux, les fonctionnaires chargés de sa mise en œuvre (c'est ainsi qu'il faudra, entre autres, trouver le bon équilibre entre l'obligation de confidentialité incombant à ces derniers et le droit du public à accéder à l'information). Ces procédures doivent par ailleurs encourager tous les niveaux de l'administration à donner l'exemple en s'engageant à communiquer l'information dans leur pratique quotidienne, tout particulièrement dans le cadre de la gestion des dossiers, du traitement des demandes et de la divulgation proactive. Ces trois tâches se trouvent en effet au cœur de l'institutionnalisation du droit à l'information.¹⁸

14 Observation générale N° 34 du Comité des droits de l'homme de l'ONU : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

15 Cour européenne des droits de l'homme, affaires *Guja c. Moldova* (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85016>) et *Heinisch c. Allemagne* (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105777>)

16 *The Economist*, 21 novembre 2015. « Freedom of Information: A little less free. The government seems keen to cloud public-sector transparency ». Voir <http://www.economist.com/news/britain/21678823-government-seems-keen-cloud-public-sector>

[transparency-little-less-free?cid1=cust/noonew/n/n/n/20151123n/owned/n/n/nwl/n/n/EU/email](http://www.transparency-little-less-free?cid1=cust/noonew/n/n/n/20151123n/owned/n/n/nwl/n/n/EU/email)

17 OCDE, 2011. « G20 Anti-Corruption Action Plan: Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation ». Voir : <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/48972967.pdf>

18 Trapnell, Stephanie E. et Lemieux, Victoria L. 2015. « Transparency in the Public Sector: Drivers of Effectiveness in Right to Information Implementation ». Exposé présenté lors de la 4e conférence mondiale sur la recherche en matière de transparence. Università della Svizzera italiana, Lugano, Suisse, 4-6 juin, 2015, page 13. Voir : http://www.transparency.usi.ch/sites/www.transparency.usi.ch/files/media/trapnell_lemieux_transparency_in_the_public_sector_drivers_of_effectiveness_in_right_to_information_implementation.pdf

Les législations nationales et les normes internationales touchant à l'accès à l'information contiennent certains éléments clés dont on pourra s'inspirer pour institutionnaliser ce dernier. Ainsi, l'accès à l'information est un droit universel devant s'appliquer à l'ensemble des informations détenues par tous les organismes publics (sauf si leur non-divulgaration est justifiée comme il se doit) ; ce droit peut s'exercer en dehors de tout paiement, et sans avoir à fournir de motifs ; les demandes doivent recevoir une réponse aussi rapide que possible, dans les 20 jours ouvrables au maximum (la majorité des lois nationales en vigueur prévoient un délai compris entre 15 et 30 jours) ; il ne souffre que de rares exceptions et doit faire l'objet de tests de nuisibilité et d'évaluation de l'intérêt public ; enfin, une fonction de supervision doit être assurée par un organe indépendant, le plus souvent un bureau de médiation ou un commissariat à l'information. Il faut également que les individus exerçant leur droit d'accéder à l'information aient la possibilité de saisir les autorités judiciaires (Darbshire, page 13).¹⁹

Les autorités chargées de la protection du droit à l'information varient selon les pays, de même que les pouvoirs juridiques dont elles sont investies. Selon une enquête relativement récente du Centre pour la liberté de l'information de l'Université de Dundee, en Écosse (publiée en septembre 2013, puis actualisée en novembre 2014), les spécialistes employés par les commissariats nationaux à l'information doivent, dans de nombreux pays, être issus du monde juridique (avocats, juges, etc.). Il leur faut également obéir à certaines conditions (limite d'âge, non-affiliation à un parti politique, solide expérience en matière de gestion, etc.), différentes selon les pays.²⁰

Toujours d'après cette étude, 76 % des commissariats à l'information sont des instances quasi judiciaires indépendantes habilitées à prendre des décisions contraignantes auxquels le défendeur sera tenu de se plier, les 24 % restants ne pouvant qu'émettre des recommandations. Dans ce second cas de figure, l'approche pratiquée est celle de l'ombudsman, qui cherche avant tout à régler les différends par la médiation ou la conciliation. Certains commissariats à l'information jouissant d'un statut quasi judiciaire sont également habilités à mobiliser des mécanismes coercitifs. C'est ainsi qu'ils peuvent faire appel à la police pour la recherche d'informations, comme c'est le cas en Slovénie.

Quatre-vingt-cinq pourcent des commissaires à l'information habilités à ordonner la divulgation d'informations ou à imposer d'autres décisions indiquent que les autorités se plient à ces dernières dans la totalité ou dans la grande majorité des cas. Par contraste, aucun des commissaires uniquement habilités à émettre des recommandations n'a signalé que ses décisions étaient systématiquement suivies d'effets, et 45 % seulement d'entre eux ont déclaré que leurs décisions étaient appliquées dans la plupart des cas.

19 Darbshire, Helen. 2015. « Critical Perspectives on Freedom of Expression: Ten Challenges for the Right to Information in the Era of Mega-Leaks », in McGonagle, Tarlach and Donders, Yvonne, ed.: *The United Nations and Freedom of Expression and Information Critical Perspectives*. Cambridge University Press.

20 Centre for Freedom of Information. 2014. « International Survey of Information Commissioners and Ombudsmen ». Voir : <http://www.centrefoi.org.uk/research.php>

Un équilibre délicat par rapport à d'autres valeurs du service public

Autrefois, à l'époque des régimes absolutistes ou autoritaires, l'exercice du pouvoir politique reposait sur le secret, principe cher aux dirigeants et solidement ancré dans les institutions sous le nom d'arcana du pouvoir (*arcana imperii*)²¹. Les décisions politiques étaient la prérogative exclusive du souverain, qui n'avait nulle obligation de s'en justifier auprès de ses sujets. La décision participative était battue en brèche par la notion de pouvoir absolu. Alors que le souverain cultivait le privilège du secret, ses sujets devaient se plier aux exigences des cadres sociaux et économiques, qui conféraient au dirigeant le pouvoir quasi illimité de pénétrer dans leurs vies et d'y exercer un droit de regard.

L'avènement des Lumières a marqué un virage radical dans la perception du secret et de la transparence en politique. Le secret a été remis en question, et le pouvoir du monarque sur la vie et les biens des individus a commencé à se réduire progressivement. Avec l'ancrage progressif du concept de « droits de l'homme et du citoyen » proclamé par la Révolution française, la légitimité du

secret qui avait entouré jusque là l'exercice du pouvoir a commencé à faiblir au profit de la légitimité rationnelle de la transparence.²²

Il n'empêche que dans de nombreux pays, y compris dans les démocraties plus développées, il reste difficile de trouver le juste équilibre entre d'une part, des notions comme la liberté d'accès à l'information, la protection des lanceurs d'alerte, la protection des données personnelles et d'autre part, la confidentialité et le secret d'État tels qu'ils sont définis.

LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION ET CONFIDENTIALITÉ DES SECRETS D'ÉTAT

La pratique classique des *arcana imperii* est revenue à l'avant-plan avec l'institutionnalisation des secrets d'État dans tous les pays nés du Congrès de Vienne (1815). Elle a pris la forme, en Angleterre, du Privilège de secret d'État (SSP) qui conférait au monarque le droit absolu de refuser de partager les informations avec le Parlement ou les tribunaux (« secret de la Couronne »). Durant la Guerre froide, la Cour suprême des États-Unis a accepté pratiquement sans réserve l'invocation, par le gouvernement, du privilège de secret

²¹ L'expression latine *arcana imperii* renvoie à la nécessité, pour le pouvoir politique, de préserver le caractère secret de l'ensemble de ses actes et processus décisionnels. Il importait en effet, pour un exercice efficace du pouvoir, que les rouages du système restent invisibles aux yeux des sujets. Les actes du monarque devaient, autant que possible, rester mystérieux et cachés au public, ce qui avait pour résultat d'assimiler l'exercice du pouvoir à une fonction religieuse ou sacerdotale. Logiquement, les monarques gouvernaient au nom de Dieu. Aujourd'hui, on utilise l'expression *arcana du pouvoir* pour évoquer les « secrets d'État », la « raison d'État » ou, plus généralement, l'« art de gouverner ».

²² Pour en savoir plus sur l'évolution historique du secret et de la transparence, voir Dorothée Riese, 2014, « Secrecy and Transparency », exposé présenté lors de la conférence générale de l'ECPR tenue à Glasgow du 3 au 6 septembre 2014. Voir: <http://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/2cedead9-5191-42de-ae36-7d320a28a304.pdf>

d'État (SSP) ou « privilège de l'exécutif » dans le cadre de l'affaire Reynolds c. États-Unis (1953). Pour invoquer le SSP, le gouvernement de ce pays doit émettre une déclaration sous serment (affidavit) attestant qu'une action en justice risquerait de déboucher sur la divulgation de secrets susceptibles de menacer la sécurité nationale, et demander ensuite au tribunal de rejeter l'action pour ce seul motif. Aujourd'hui, la culture politique démocratique dominante érige l'ouverture et la transparence en vertus, et relègue le secret et la dissimulation au rang des vices. Dans ce contexte, la prérogative qu'a l'État de classifier certaines informations comme secrètes est largement remise en question, en raison peut-être des nombreux abus qu'elle a suscités. Nombreux sont ceux qui considèrent que l'intérêt public, et donc l'intérêt national, est mieux protégé par la transparence que par le secret, ce dernier étant perçu comme un instrument mis au service des intérêts ou des projets personnels d'individus aspirant plus au pouvoir politique ou bureaucratique qu'à l'intérêt général de la population.

Un des principaux problèmes liés aux secrets d'État tient au fait que ces derniers sont censés préserver la sécurité ou la défense nationale, ... notions imprécises pour lesquelles il n'existe pas de définition claire. C'est ainsi que nombre de législations nationales utilisent les termes sécurité nationale, sécurité d'État, sécurité publique, défense nationale, intérêt national, secrets d'État, sécurité du royaume/de la république, etc. de manière interchangeable. Les gouvernements, par les législations sur l'accès à l'information ou sur les secrets d'État officiels, instaurent une dichotomie renvoyant dos-à-dos ce concept flou, non défini dans les législations nationales, et les demandes d'information du citoyen. Autrement dit, le libre accès à l'information est entravé par le secret d'État, alors que celui-ci ne répond à aucune norme reconnue de sécurité juridique. À partir du

moment où l'on s'appuie sur un concept si imprécis, le risque est grand de voir l'exécutif ou les services secrets dissimuler l'information sur la base de critères arbitraires.²³

En dépit des déclarations solennelles des juristes selon lesquelles la transparence constituerait la règle et le secret, l'exception, on constate, dans la grande majorité des vingt pays couverts par l'étude de Jacobsen (note 24) que la loi ne favorise pas la divulgation d'informations à partir du moment où il existe un doute quant aux atteintes pouvant en résulter pour la sécurité nationale. Quelques pays seulement ont opté pour la divulgation en cas de doute, à savoir la Belgique (aussi longtemps que l'information litigieuse n'est pas classifiée), la Suède et la Norvège sachant toutefois que dans ce dernier cas, l'information générée par certaines entités officielles (comme les services de renseignement militaire, par exemple) sera automatiquement classifiée et que sa divulgation sera soumise au bon vouloir des autorités en question (Jacobsen).

En général, les législations relatives à la divulgation d'informations classifiées en vigueur dans les pays de l'OCDE et de l'UE (à l'exception de la Suède) n'abordent pas la notion d'intérêt général. En Allemagne, par exemple, les textes ne font référence à l'intérêt général qu'à partir du moment où le public a intérêt à ce que le secret de l'information soit maintenu, et non pas à ce qu'il soit levé.

On notera cependant que certains pays ont voulu limiter les restrictions pesant sur l'accès aux informations. Des matières comme

23 Jacobsen, Amanda L. 2013. « National Security and the Right to Information in Europe ». http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/national-security-expert-papers/jacobsen_nat-sec-and-rti-in-europe
Voir également : Bigo, Didier et al. 2014. « National Security and Secret Evidence in Legislation and Before the Courts: Exploring the Challenges ». Parlement européen. Étude demandée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures. Voir : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU\(2014\)509991_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU(2014)509991_EN.pdf)

les violations des droits de l'homme, l'existence ou non d'une entité gouvernementale (agence d'espionnage, équipes opérationnelles de police spéciale, etc.) ou les problématiques liées à la protection de l'environnement ne peuvent échapper au libre accès à l'information. Dans certains pays, comme la Suède, la classification d'informations en vue de dissimuler une infraction pénale, un abus de pouvoir ou d'autres comportements illégaux dans le chef d'agents publics est considérée sans effet. Malheureusement, il n'en va pas de même dans nombre d'autres pays, où de telles informations peuvent être classifiées.

En matière de divulgation d'informations classifiées touchant à la sécurité ou la défense nationale, les législations sur les secrets officiels en vigueur dans les pays européens peuvent reposer sur deux approches (Cousido Gonzáles, 2015).²⁴ Dans le premier cas (en Allemagne, Finlande, France, Portugal, Italie, Lituanie, Pologne, ainsi qu'aux Pays-Bas et en Slovénie), la divulgation de ces informations sera soumise à certaines exigences préalables, comme la réalisation de tests de nuisibilité tendant à démontrer que les éléments en question ne portent pas atteinte à la sécurité nationale. La Suède a adopté une variante de cette approche, qui consiste à évaluer le préjudice éventuel pour la sécurité nationale et à mettre ce dernier en balance avec les avantages que pourrait retirer le public d'une divulgation de ces informations.

D'autres pays (Bulgarie, République tchèque, Irlande, Croatie, Roumanie, Turquie et Royaume-Uni) ont décidé qu'aucun test de nuisibilité ou évaluation de l'intérêt d'une divulgation pour le public n'est d'application à partir du moment où la sécurité nationale est en jeu. Les informations en question ne seront tout simplement pas divulguées. La

législation britannique institue toutefois, pour certaines matières, une « exemption conditionnelle de catégorie » (*qualified class exemption*) prévoyant la réalisation d'un test de nuisibilité et obligeant l'autorité détenant l'information à prouver le caractère préjudiciable de cette dernière.

Tous les pays de l'Union européenne prévoient la possibilité de se pourvoir en justice contre une décision refusant l'accès à des informations classifiées au nom de la sécurité nationale. Seule la France fait exception. Les juges français ne sont pas autorisés, en effet, à prendre connaissance de documents classifiés. Il existe bien une autorité administrative indépendante appelée CCSDN (*Commission consultative du secret de la défense nationale*) ayant le droit d'accéder aux informations classifiées, mais elle sera uniquement habilitée à émettre un avis sur la question considérée, et non pas à ordonner la déclassification d'un document.

Il n'en va pas de même dans la grande majorité des pays de l'OCDE et de l'UE, où un juge peut ordonner la divulgation d'informations à partir du moment où il est convaincu que ces dernières n'ont pas besoin d'être couvertes par le secret, et ce même si une autorité administrative publique maintient que la rétention se justifie par des considérations de sécurité nationale. En Espagne, l'annulation d'un arrêt visant à classifier des informations ne pourra être le fait d'un juge agissant à titre individuel, mais uniquement de la Cour suprême.

Dans l'OCDE ainsi que dans l'UE, les délais de maintien de la classification d'un document varient suivant les pays. Le plus souvent, le délai prescrit sera de trente ans, généralement renouvelables, mais pourra varier en fonction du niveau de classification du document (très secret, secret, confidentiel ou diffusion restreinte). Parfois (par exemple,

24 J.González, M.P.C. 2015. « Official Secrets and the Right of Access in Spain after the Enactment of the Law on Transparency ». EJoCLI (2015) 21(2). Voir : <http://webjcli.org/article/view/357/561>

en Pologne, en Espagne et en Turquie), il n'y aura pas de délai maximal.

Dans la majorité des pays, les membres du public ont la possibilité de solliciter la déclassification d'informations, sachant toutefois qu'ils pourront se voir opposer un refus pur et simple de la part des autorités, sur la base de considérations purement discrétionnaires.

Dans tous les pays, la divulgation non autorisée d'informations classifiées est considérée une infraction pénale lorsque l'auteur des faits est un fonctionnaire s'étant vu accorder l'accès à des informations classifiées. Cela étant, les régimes juridiques spécifiques applicables varient. Certains pays ne poursuivent que les auteurs de divulgations intentionnelles, alors que d'autres criminalisent également les divulgations par négligence. Parfois également, il faudra produire des preuves manifestes attestant qu'un intérêt public important a été mis en péril du fait de la divulgation. Il est des pays où la sanction ne s'applique qu'à la personne qui avait l'obligation de protéger les informations classifiées. Ailleurs, la responsabilité pénale sera universelle, en ce sens que toute personne utilisant l'information obtenue de la sorte pourra encourir une peine, journalistes compris. Enfin, la sévérité des peines varie également de pays à pays (de deux années d'emprisonnement au Danemark à la réclusion à vie en Turquie).

La divulgation non autorisée d'informations classifiées pose la question de la protection légale des lanceurs d'alerte. Cette question controversée sera examinée de manière plus approfondie dans la section suivante. La limitation du droit à l'information au motif de la confidentialité des secrets d'État oppose la légitimité démocratique du secret à la légitimité démocratique de la transparence, concept intrinsèquement associé à la notion de démocratie représentative.

Pour résumer, la protection des secrets d'État est légitime dans la mesure où est justifiée, tandis que la transparence n'a pas besoin d'être justifiée. Ce principe est toutefois loin d'être appliqué dans de nombreux pays démocratiques. En outre, le droit à l'information et la protection des secrets d'État sont des notions aux finalités opposées. L'idée selon laquelle la sécurité et la défense nationales devraient échapper au contrôle de la loi et au contrôle démocratique reste très répandue.

On constate néanmoins qu'au fil du temps, l'argument inverse – à savoir que la sécurité et la défense nationales sont mieux protégées à partir du moment où elles sont soumises au contrôle du public et peuvent faire l'objet de recours judiciaires – réunit de plus en plus de partisans. Cela dit, il ne faut pas trop s'attendre à voir s'instaurer rapidement un contrôle démocratique et juridique plus poussé des agents de l'État traitant de questions de sécurité et de défense. On se trouve en effet dans un de ces domaines de la gouvernance étatique où, de nombreuses décisions demeurant soumises à l'appréciation des fonctionnaires, la primauté du droit (par opposition à l'arbitraire) reste largement absente.

Adoptés le 12 juin 2013 à Tshwane, près de Prétoria (Afrique du Sud), les Principes globaux de Tshwane sur la sécurité nationale et le droit à l'information ont marqué une étape importante sur la voie d'un juste équilibre entre le droit à l'information et la protection des secrets d'État liés à la sécurité et à la défense nationales. Ce texte est le résultat de travaux menés conjointement par des organisations de la société civile et des centres d'études en consultation avec des experts internationaux et des rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression, les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme mandatés par différentes organisations intergouvernementales comme l'Organisation des Nations

unies (ONU), l'Organisation des États américains (OEA), l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP).²⁵ Bien que reposant sur une approche minimaliste – les restrictions applicables au droit d'accès à l'information ne devraient pas aller en-deçà des normes de base contenues dans le document –, les Principes de Tshwane encouragent les États à faire preuve d'une plus grande ouverture.

LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION ET PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

L'accès à l'information amène forcément à poser la question de la protection des lanceurs d'alerte de bonne foi. Comme indiqué plus haut, tant le premier que la seconde relèvent de ce même droit fondamental qu'est la liberté d'expression. Et tout comme le droit d'accéder à l'information, la protection des lanceurs d'alerte ne peut encore être tenue pour acquise dans la majorité des pays démocratiques.

Bien au contraire, la majorité des pays peuvent poursuivre les membres de leurs administrations quand ceux-ci divulguent, aux fins de plaintes internes, des informations classifiées en rapport avec la sécurité nationale (Belgique, France, Hongrie, Moldova, Norvège, Pologne, République tchèque, Roumanie, Russie, Slovaquie, Espagne et Suède).²⁶ Paradoxalement, si beaucoup de pays encouragent les employés du secteur public à émettre des plaintes en interne à la suite d'irrégularités qu'ils auraient constatées, ils sont beaucoup moins nombreux à instaurer des garanties destinées à protéger ces mêmes agents contre d'éventuelles représailles – à l'exception notable de deux pays, à savoir, premièrement, le Royaume-Uni, où la loi sur la dénonciation dans l'intérêt public (PIDA) prévoit des recours compensatoires en cas de rétorsions ainsi que la prise de mesures disciplinaires à l'encontre des auteurs de telles pratiques et, deuxièmement, les États-Unis.

Au Danemark, les lanceurs d'alerte peuvent échapper aux poursuites en justice si le test d'évaluation de l'intérêt public démontre que la divulgation d'informations par l'accusé répond à un intérêt public évident, et que cet intérêt prévaut sur le maintien du secret des informations visées. Pour qu'une sanction

²⁵ Voir : <http://www.right2info.org/exceptions-to-access/national-security/global-principles>

²⁶ Jacobsen.

pénale puisse être imposée, la majorité des pays (par ex., Allemagne, Italie, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède) exigent que le préjudice effectif ou supposé subi par la sécurité nationale à la suite de la divulgation soit attesté. D'autres pays (par ex. Belgique, France, Hongrie, Pologne, Russie, Slovaquie, Turquie et Royaume-Uni) n'exigent aucune preuve d'une atteinte éventuelle à la sécurité nationale mais acceptent parfois l'invocation de l'absence de préjudice à titre de circonstance atténuante lors d'une procédure pénale à l'encontre d'un lanceur d'alerte.

Un certain nombre de pays (six sur les vingt couverts par Jacobsen dans son étude (voir note 23), à savoir la Hongrie, la Roumanie, la Serbie, la Slovaquie, la Suède et le Royaume-Uni) ont promulgué des lois sur la protection des lanceurs d'alerte. La majorité des pays qui ne se sont pas dotés de lois spécifiques et distinctes en la matière prévoient des dispositions à cet effet dans le cadre d'autres textes législatifs. Enfin, certains pays n'ont instauré aucune protection pour les lanceurs d'alerte. Dans les pays où un tel mécanisme existe, la protection juridique des lanceurs d'alerte s'étend aux personnes employées dans le secteur de la sécurité. Cela étant, la protection des lanceurs d'alerte laisse généralement beaucoup à désirer dans nombre de pays européens. Comme le disait Tom Devine, on ne leur donne, pour se mettre à l'abri, que des « boucliers de carton ».²⁷

Dans bien des pays, la protection des lanceurs d'alerte ne fait pas encore l'objet de politiques structurées, en particulier lorsque les dénonciations portent sur des actes posés par les forces armées et les services de renseignement, ou sur des secrets d'État couverts par une classification. Certains pays s'en sortent mieux lorsqu'il s'agit de faits de corruption, de mauvaise gestion ou de mal-

versations, mais la protection des lanceurs d'alerte reste généralement très peu poussée dans ces domaines-là également.

De nombreuses organisations de la société civile actives dans différentes enceintes décisionnelles internationales mettent la pression sur les gouvernements pour qu'ils s'attellent plus résolument à l'élaboration de politiques destinées à protéger les lanceurs d'alertes. De leur côté, des organisations intergouvernementales comme l'ONU, le Conseil de l'Europe, l'OCDE, l'OEA, etc. rappellent à leurs membres qu'il convient, à partir du moment où l'on a décidé de lutter contre la corruption, de mener une réflexion sérieuse sur la protection des lanceurs d'alerte de bonne foi. Cette recommandation est justifiée, mais va à contre-courant de nombreuses idées préconçues fortement enracinées.

Le lancement d'alerte est un acte de dénonciation né de la conscience intime d'un individu en révolte face à l'injustice ou à l'immoralité de responsables publics ou de grandes entités du secteur privé – banques, organes de presse, églises, etc. Les faits dénoncés par ces rebelles suscitent chez le citoyen ordinaire une horreur ou un dégoût profond. C'est notamment pour cette raison que, dans le débat qui se poursuit aujourd'hui en France par exemple, les partisans de mesures de protection plus poussées pour les lanceurs d'alerte comme l'avocat William Bourdon proposent d'invoquer l'« *exception de citoyenneté* » pour disculper les dénonciateurs poursuivis au pénal, ou leur permettre de bénéficier de circonstances atténuantes quand la divulgation de secrets est moralement dictée par la recherche de l'intérêt général.²⁸

Les agissements odieux dénoncés constituent des violations des normes morales et légales en vigueur au sein de la société,

27 http://www.whistleblower.org/sites/default/files/pictures/Best_Practices_Document_for_website_March_13_2013.pdf.

28 http://www.liberation.fr/france/2010/12/24/pour-une-exception-de-citoyennete_702803

grâce auxquelles leurs auteurs vont obtenir des avantages pour eux-mêmes ou pour leur entourage, au détriment de la société dans son ensemble. S'ils viennent à être connus du public, ces actes peuvent ruiner la réputation de leurs auteurs ou de leurs instigateurs, ou miner leur légitimité. La révélation de ces méfaits va noircir les responsables, parfois de manière définitive, comme lors des révélations du Watergate par « Gorge profonde ».

L'adoption de mesures visant à protéger les dénonciateurs d'abus peut encourager des fonctionnaires ou des citoyens militants à révéler les agissements répréhensibles d'individus, notamment de leurs supérieurs, suffisamment puissants pour exercer une vengeance à leur encontre. Malheureusement, les politiques de protection des lanceurs d'alerte posent des difficultés conceptuelles, sont porteuses de risques politiques, s'avèrent difficiles à mettre en œuvre et, dans de nombreux pays, suscitent la controverse.

Le problème conceptuel tient au fait qu'il est difficile de faire passer l'idée selon laquelle le lancement d'alerte devrait bénéficier d'une protection de la part des pouvoirs publics. Les préjugés culturels restent en effet nombreux, de même que les sous-entendus négatifs. Aux yeux de beaucoup et plus particulièrement dans les pays où l'on garde un souvenir vivace de régimes politiques absolutistes, le lancement d'alerte rappelle l'époque des indicateurs et de la mise en accusation publique.

Ceci dit, la notion de « société autoréglementée » solidement ancrée en Europe et ailleurs repose sur un modèle de relations entre population, dirigeants politiques et organes de maintien de l'ordre en vertu duquel tout « bon citoyen » a le devoir d'informer les autorités dans le but de prévenir la commission de délits, de débusquer les criminels et de maintenir l'ordre existant. Il est entendu, dans

un tel système, que le maintien de l'ordre est largement le fait des citoyens eux-mêmes. La théorie du *Panoptique* développée par Bentham et reformulée en *panopticisme* par Michel Foucault (terme désignant une société « ayant des yeux partout », où personne ne serait laissé sans surveillance) est une tentative de traduire ce sentiment social.²⁹

Pourtant, la dénonciation suscite chez beaucoup un sentiment ambivalent, voire carrément réprobateur. Dénoncer, c'est rapporter aux autorités les méfaits d'un autre citoyen dans l'espoir que ce dernier soit châtié. Or, la rhétorique sur le caractère civique de la dénonciation entretenue par les gouvernements, les écoles, les prisons et d'autres institutions fermées coexiste avec un autre discours sous-jacent, qui assimile la dénonciation à un acte de trahison. Cette ambivalence autour de la dénonciation a suscité le recours à des lexiques parallèles dans de nombreuses langues. Ainsi, le français pratique la dichotomie classique entre *dénonciation* (connotation positive) et la *délation*, qui peut être le fait d'un *indicateur* (connotation négative) ; aux différents euphémismes utilisés par les autorités officielles, les Russes vont opposer le terme péjoratif de *donos/donoschik* ; les Américains éprouvent de l'admiration pour les *whistleblowers*, mais du mépris pour les *squealers*, et font la distinction entre *providing tips*, un acte jugé civique, et le sordide *snitching* (Fitzpatrick).³⁰ Enfin, l'espagnol oppose le gentil *denunciante* au méchant *delator*, *soplón* ou *chivato*.

D'un point de vue politique, la protection des lanceurs d'alerte est indubitablement porteuse de risques. La dénonciation d'irrégularités peut en effet plonger un pays ou son gouvernement dans de graves pro-

29 Foucault, Michel. 1975. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard.

30 Fitzpatrick, Sheila. 2005. "A Little Swine". Critique de *Comrade Pavlik: The Rise and Fall of a Soviet Boy Hero* by Kelly, C. *London Review of Books* [Online] vol. 27 no. 21 pp. 3-6. Voir : <http://www.lrb.co.uk/v27/n21/sheila-fitzpatrick/a-little-swine>

blèmes politiques. On pense notamment à l'affaire Snowden, qui se poursuit aujourd'hui aux États-Unis, ou encore aux informations portées sur la place publique par Bradley (dorénavant Chelsea) Manning. Pour beaucoup, Snowden et Manning sont de véritables lanceurs d'alerte, qui ont contribué à faire connaître des activités d'espionnage ainsi que des atrocités commises à grande échelle, et sans justification, par leur gouvernement. Cela dit, il y a eu, dans les deux cas, révélation d'informations couvertes par une classification officielle. Selon le gouvernement des États-Unis, la divulgation de ces éléments a mis des vies humaines en danger. Ces deux affaires montrent combien le lancement d'alertes est une affaire complexe et illustrent les dilemmes éthiques qui peuvent en résulter. Elles rappellent également que les institutions sont investies de la responsabilité d'informer les autorités politiques et l'opinion sur les questions présentant un intérêt public. Pour ces différentes raisons, la mise au point d'un cadre de protection pour les lanceurs d'alertes va exiger prudence et sens de l'équilibre.

Tout le problème réside dans l'équilibre que devra présenter le cadre juridique censé protéger ceux qui, plutôt que d'hypocritement détourner le regard, osent se révolter. Trente pour cent seulement de la population européenne, contre 50 % de la population des États-Unis, se déclarent favorables à la divulgation des secrets d'État.³¹ Il existe, dans nos sociétés, une résistance culturelle qui empêche le citoyen de se mettre à nu et de contempler ses propres turpitudes.³² Les révélations viennent entacher la représentation que les sociétés se sont forgées de leur passé et de leur présent. Si les lanceurs

d'alerte, à condition de pouvoir compter sur des « dénonciateurs professionnels » comme les journalistes et les ONG, peuvent aider à modifier le paradigme politique présidant aux sociétés dans lesquelles ils évoluent, ce sera généralement au prix fort.

Pour être efficace, une politique de protection du lancement d'alerte doit par ailleurs reposer sur des cadres légaux globaux et sur un appareil d'État institutionnel digne de confiance et disposant de moyens suffisants pour proposer aux lanceurs d'alertes des « boucliers de métal » et non pas « de carton ». À défaut de satisfaire à ces conditions, la politique en question risque d'avoir des effets largement à l'opposé de ceux recherchés. Aujourd'hui, très peu de pays (pour ne pas dire aucun) se montrent capables d'instaurer des mécanismes de protection de qualité.

De nombreuses organisations internationales comme l'ONU, le Conseil de l'Europe, l'OCDE et l'Organisation des États américains (OEA) appuient l'élaboration de politiques de protection du lancement d'alerte. En mars 2013, l'OEA a même présenté un modèle de loi censée faciliter et encourager le signalement d'actes de corruption, et protéger les lanceurs d'alerte ainsi que les témoins.

Les quelques données d'expérience internationales réunies à ce jour montrent que pour être efficace, une politique de protection des lanceurs d'alerte doit reposer sur une approche juridique globale et s'inscrire dans le cadre d'une politique plus vaste de protection de la liberté de parole. On obtient alors des politiques spécifiques de protection des lanceurs d'alerte du type de celles qui ont été promulguées au Royaume-Uni et aux États-Unis, fruits de leurs héritages culturels et juridiques et de leurs acquis politiques res-

31 Chiffres présentés par Florence Hartmann, 2014. Lanceurs d'alerte, Paris: Don Quichotte.

32 Ibid.

pectifs. Mais de telles lois ne fonctionnent correctement que dans quelques pays d'Europe ou d'ailleurs. De fait, la protection des lanceurs d'alerte suscite des réserves au sein de la majorité des gouvernements nationaux.³³

Si une loi spécifique sur la protection des lanceurs d'alerte n'est pas envisageable, il faut à tout le moins que la loi réglementant la fonction publique comporte des dispositions destinées à assurer un certain niveau de protection aux fonctionnaires qui refuseraient de se plier à des instructions illégales ou discutables sur le plan éthique, ou décideraient de dévoiler des agissements illicites. L'autorité administrative devrait par ailleurs mettre au point les procédures requises pour que ces mesures de protection soient suivies d'effets. Il faut également que la loi sur la fonction publique confirme le caractère illégal du harcèlement et des représailles, de manière à ce que des sanctions disciplinaires puissent être prises à l'encontre des supérieurs hiérarchiques qui exerceraient des mesures de rétorsion à l'encontre des fonctionnaires refusant de se plier à des ordres illicites. Enfin, cette même loi devrait également interdire l'inclusion, dans les accords applicables à la fonction publique, de clauses d'obligation de réserve et déclarer illégales les consignes de silence.

De telles dispositions trouvent leur justification dans l'article 33 de la Convention de 2003 des Nations Unies contre la corruption, qui prône l'adoption de mesures appropriées pour assurer une protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signalerait aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant des infractions ayant un lien avec la corruption. On pourrait ajouter à celles-ci les cas graves de mauvaise gestion, les pra-

tiques illégales flagrantes et les violations évidentes des droits de l'homme.

Les recommandations de l'OCDE et du Conseil de l'Europe en matière de protection des lanceurs d'alerte énoncent des orientations supplémentaires pour l'instauration de politiques de gouvernance efficaces dans les pays désireux de renforcer l'ouverture et la transparence dans leurs administrations publiques, notamment dans les secteurs de la sécurité et de la défense nationales.³⁴

De plus en plus de cas de lancement d'alerte sont rapportés aujourd'hui dans les médias. Ils contribuent à sensibiliser au problème et ce faisant, viennent alimenter des débats publics susceptibles de déboucher sur la mise en place de mécanismes de protection plus efficaces pour les lanceurs d'alerte.³⁵

³³ Transparency International. 2013. "Whistleblowing in Europe: Legal Protections to Whistleblowers in Europe". Voir : http://www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblowing_in_europe_legal_protections_for_whistleblowers_in_the_eu

³⁴ OCDE. 2012. "Whistleblower protection: encouraging reporting". Voir : <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50042935.pdf>
Voir également la recommandation CM/Rec (2014)7 du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)

³⁵ Pour des exemples en Europe, voir le magazine français Marianne qui, le 9 mai 2014, a consacré un article particulièrement complet à cette question (<http://www.ebay.fr/itm/MARIANNE-N-890-9-MAI-2014-MARIAGES-MIXTES-Ve-REPUBLIQUE-LANCEURS-DALERTE-/291193077163>) et le quotidien britannique The Guardian, qui, le 22 novembre 2014, a publié un reportage particulièrement intéressant sur la même problématique (<http://www.theguardian.com/society/2014/nov/22/there-were-hundreds-of-us-crying-out-for-help-afterlife-of-whistleblower>)

CONCLUSIONS

L'essentiel à retenir de ce document est que la protection des secrets d'État est légitime dans la mesure où elle est justifiée, alors que la transparence n'a pas besoin d'être justifiée. Mais il n'en va pas ainsi dans de nombreux pays. De plus, le « droit de savoir » et la protection des secrets d'État sont des notions aux finalités opposées. L'idée – erronée – selon laquelle sécurité nationale et défense nationale doivent, par définition, rester en dehors du champ législatif et échapper au contrôle du citoyen est encore très répandue aujourd'hui.

1. Le droit des citoyens d'accéder aux informations et partant, d'être informés au sujet de l'action de leurs gouvernements, est toujours en devenir. Au stade embryonnaire dans de nombreux pays, il est carrément inexistant dans d'autres. Or une démocratie digne de ce nom ne peut fonctionner si l'opinion n'a pas accès à l'information publique et en l'absence de transparence. Ouverture et transparence des pouvoirs publics sont aujourd'hui des préalables à la bonne gouvernance.
2. L'instauration d'une transparence accrue au sein de la fonction publique passe non seulement par la mise en place de textes législatifs appropriés, mais aussi par des réformes cohérentes de la gestion publique et par une évolution des mentalités parmi les fonctionnaires. Ces derniers doivent intégrer que les informations qu'ils produisent appartiennent aux citoyens et non pas à eux-mêmes.
3. Les pouvoirs publics fonctionnent généralement mieux lorsqu'ils sont soumis à un droit de regard du public. La transparence est fondamentale si l'on veut que les fonctionnaires puissent rendre des comptes. Une responsabilisation insuffisante mène inévitablement à la corruption et à la mauvaise gestion.
4. Les gouvernements et les parlements doivent s'employer à fixer clairement la limite entre informations devant rester confidentielles et informations qu'il convient de porter à la connaissance du « public », c'est-à-dire des chercheurs, des journalistes et de l'opinion en général. L'accent doit être mis autant que possible sur l'ouverture et la transparence et le secret doit rester l'exception.
5. Une conceptualisation rigoureuse, à la fois juridique et pratique, des secrets d'État est nécessaire. Une distinction aussi claire que possible doit en effet être opérée entre les secrets d'État et les autres informations produites par les instances

- publiques, de manière à contrer l'arbitraire, les abus et la corruption dans la classification des informations, et pour que la gestion du secret gagne en légitimité.
6. Une institutionnalisation efficace du droit des citoyens à l'information passe par une législation pertinente, une gestion publique de qualité et un cadre qui soit à la fois indépendant de l'exécutif et doté de pouvoirs suffisants pour garantir le respect de cette prérogative lorsque les autorités tentent de s'opposer à la divulgation de l'information.
 7. Une des manières les plus efficaces de promouvoir la transparence et l'ouverture des pouvoirs publics et de protéger les lanceurs d'alerte de bonne foi consiste à privilégier à la fois des médias libres, indépendants et professionnels et une société civile active engagée dans des débats publics vigoureux sur le droit à l'information. En l'absence de ces facteurs de pression extérieurs, il ne faut pas trop s'attendre à ce que les pouvoirs publics adoptent des politiques favorables à la transparence et se soumettent au contrôle du public.
 8. L'élaboration de politiques pour la protection des lanceurs d'alerte ainsi que de mécanismes institutionnels et des procédures appelés à encadrer ces dernières vient à peine de commencer. Hormis quelques exceptions, les lanceurs d'alerte ont intérêt à se méfier des mécanismes de protection en place dans de nombreux pays, car ceux-ci restent peu fiables.
 9. À ce jour, nous n'avons identifié aucun cadre conceptuel suffisamment solide qui permette d'aller au-delà des a priori culturels persistant dans de nombreuses sociétés et qui, sans remettre en question la primauté du droit, fasse prévaloir des arguments moraux pertinents sur le droit positif.
 10. Le concept d'exception de citoyenneté doit être creusé dans le but de dégager des paramètres d'éthique pratique et d'interprétation juridique plus aboutis propres à assurer une meilleure protection des lanceurs d'alerte.
 11. Il nous faut réfléchir à une institutionnalisation mieux conçue et plus robuste du droit à l'information, qui garantisse le respect de ce dernier dans ses deux composantes – droit de savoir et libre expression – et permette d'en fixer clairement les limites.

Série des guides de bonne gouvernance



Ce livret intitulé *Accès à l'information et limites de la transparence envers le public* dresse un bilan des meilleurs pratiques en matière d'accès public aux informations, et revient sur l'équilibre à trouver entre transparence et souci légitime des États de protéger certaines données.

Indispensable dans une société démocratique et ouverte, l'accès du public aux informations constitue également un pilier de la bonne gouvernance. Des difficultés particulières se posent toutefois dans le domaine de la défense, où le secret reste jusqu'à un certain point indispensable. Francisco Cardona, auteur de ce guide et expert international de haut niveau au CIDS, revient sur la manière dont la transparence progresse dans les pratiques administratives des pays de l'OCDE et de l'UE. Il se base sur des exemples récents pour livrer une réflexion opposant le « droit de savoir » et la protection des secrets d'État. Il affirme, dans sa conclusion, que la protection des secrets d'Etat est légitime dans la mesure où elle est justifiée, alors que la transparence, elle, n'a pas besoin d'être justifiée.

Les Guides de bonne gouvernance sont une série de petits livrets, chacun dédié spécifiquement à un thème important pour la bonne gouvernance dans le secteur de la défense. Ces guides peuvent être lus par des personnes qui souhaitent en apprendre davantage sur un ou plusieurs sujets présentant un intérêt direct pour la bonne gouvernance dans le secteur de la défense, ou dans le secteur public en général. Ils peuvent également être utilisés à des fins pédagogiques.

Publié par : Centre pour l'intégrité dans le secteur de la défense
Infographie : www.melkeveien.no
Traduction: Translation Service, NATO International Staff



CENTRE FOR INTEGRITY
IN THE DEFENCE SECTOR

www.cids.no