

AVANT-PROPOS

TRANSPARENCE ET DÉMOCRATIE : GÉNÉALOGIE D'UN SUCCÈS

Élisabeth ZOLLER

L'idéal de transparence, qui est apparu dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, est lié dans les esprits au nom de Jean-Jacques Rousseau¹. Nul n'en a mieux exprimé la portée que l'auteur des *Confessions* lorsqu'il écrit en ouverture du livre qui mit l'individu – ce « sujet » que les classiques tenaient pour le « moi haïssable » – au centre de la pensée moderne : « Je veux montrer à mes semblables un homme dans toute la vérité de la nature ; et cet homme, ce sera moi². » À l'origine, la transparence que le citoyen de Genève revendiquait pour affirmer la sincérité de son propos, était un idéal de vérité et d'honnêteté qui n'avait de sens que dans le champ littéraire et qui n'est devenu juridiquement significatif que beaucoup plus tard. En réalité, c'est moins à Rousseau qu'à Jeremy Bentham que les juristes, auxquels le présent ouvrage s'adresse en priorité, doivent le concept de transparence.

L'auteur du Panoptique a utilisé ce terme dans son projet de Code constitutionnel pour améliorer le gouvernement représentatif que Rousseau exérait. Bentham recommandait que chaque député s'engage à respecter dans ses discours « la plus grande transparence et, donc, la plus grande simplicité possible³ ». Il y voyait la première condition de la qualité du travail accompli par les élus. Hors du droit constitutionnel, Bentham ne parlait pas de transparence, mais de publicité. Dans son projet de Code de procédure, il affirmait que la publicité était « la plus grande sûreté de toutes les sûretés » pour s'assurer de

1. STAROBINSKI J., *La transparence et l'obstacle*, Paris, Gallimard, 1971.

2. ROUSSEAU J.-J., *Les Confessions*, Œuvres complètes I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1959, p. 3 et 5.

3. BENTHAM J., *Constitutional Code II, The Works of Jeremy Bentham*, vol. 9, p. 203.

« l'aptitude morale du juge⁴ ». Pour le fondateur de l'utilitarisme, la transparence relevait du subjectif, du domaine des sentiments, de la qualité de l'âme de la personne revêtue de l'autorité publique alors que la publicité appartenait à ce qui relève de l'objectif, aux procédures qui permettent au public d'exercer un contrôle efficace. Après lui, transparence et publicité se sont entremêlées et, aujourd'hui, nonobstant les efforts de la doctrine pour distinguer entre eux⁵, les deux termes sont souvent tenus pour équivalents⁶.

L'approche historique et comparative montre toutefois qu'il faut séparer entre eux pour comprendre l'extraordinaire succès de la transparence aujourd'hui. Si l'engouement pour la transparence est né en Europe, c'est, en fait, la pratique de la publicité qui lui a donné un contenu. Or, cette pratique est d'origine anglo-saxonne. La réunion entre les deux concepts qui s'est opérée dans les vingt dernières années, a propulsé la démocratie moderne dans un nouvel âge. En d'autres termes, la jonction entre transparence et publicité (I) a renouvelé la gouvernance démocratique (II).

I. LA JONCTION ENTRE TRANSPARENCE ET PUBLICITÉ

Dans la langue vernaculaire, la transparence désigne le droit de savoir ce que fait le gouvernement et comment il le fait. La transparence affleure partout et tout le monde en parle, en politique, en économie, en finances et dans les médias. Mais, en droit public, la sphère dans laquelle nous nous mouvons, la popularité du terme ne remonte guère plus loin qu'un quart de siècle.

A. La découverte européenne de la transparence

La grande aventure de la transparence a pris corps après la chute du mur de Berlin à la faveur, d'une part, de la politique dite de la *glasnost* initiée par M. Gorbatchev en Union soviétique au cours de la décennie 1980 pour démocratiser le pays et, d'autre part, des choix opérés par les négociateurs du Traité de Maastricht. Dans les années 1980, la *glasnost*, qui, en russe, signifie « publicité des débats » et qui accompagnait la *perestroïka* (réforme économique), était systématiquement traduite en français par « transparence », ce qui donna tout naturellement à penser que la démocratie s'identifiait avec la transparence et le libéralisme économique.

4. BENTHAM J., *Principles of Judicial Procedure, The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, p. 8.

5. V. NAURIN D., « Transparency, Publicity, Accountability – The Missing Links », *Swiss Political Science Review*, vol. 12 (2006), p. 90, 92 ; LINDSTEDT C. et NAURIN D., « Transparency is not Enough : Making Transparency Effective in Reducing Corruption », *International Political Science Review*, vol. 31 (2010), p. 301, 304.

6. V. BAUME S., « Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence », in PASQUIER M. (dir.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Presses Polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 3 s ; « La transparence dans la conduite des affaires publiques. Origines et sens d'une exigence », <http://www.raison-publique.fr/article459.html>.

La démonstration en fut faite à la fin de la décennie à l'occasion des négociations sur le Traité de Maastricht. Le Danemark qui avait des doutes sur le projet fit remarquer que l'Europe était trop loin des citoyens. Le peuple danois veut plus de proximité, plus de *nearness*⁷, disait-il. Les négociateurs répondirent au Danemark que la plus grande « proximité » qu'il demandait n'était pas une notion constitutionnelle et qu'il était impossible de trouver un équivalent adéquat dans toutes les langues de l'Union. Des discussions surgit comme substitut possible le terme « ouverture » (*openness*). Mais c'est finalement celui de transparence qui lui fut préféré et la Déclaration n° 17 « relative au droit d'accès à l'information » annexée au traité précisa : « La conférence estime que la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions⁸. » Peu de temps après fut adopté le règlement sur l'accès du public aux documents de l'Union⁹.

Hors des cercles européens, le terme « transparence » a toutefois pris un sens autrement plus riche. Le mot de « transparence » en est même aujourd'hui devenu insaisissable parce que le thème est devenu inépuisable. Peu de mots illustrent mieux la justesse de la pensée du juge Oliver W. Holmes : « Un mot n'est pas un cristal, transparent et inchangé, c'est la peau d'une pensée vivante qui peut varier en couleur et en intensité au gré des circonstances et du moment où il est employé¹⁰. » Internet et les nouvelles technologies de l'information y sont pour beaucoup. Parler de transparence, il y a dix ans, pouvait encore signifier « droit d'accès aux documents ». Mais aujourd'hui, dans la loi française du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, le mot « transparence » signifie bien plus que droit d'accès des citoyens à l'information, ou « droit de savoir » comme on aime dire. Cette transparence exigée des autorités leur impose d'autres obligations que simplement administratives. Exiger la transparence des autorités publiques, c'est les astreindre à des obligations morales, c'est leur imposer une politique d'ouverture spontanée au public des processus d'élaboration de leurs actes, c'est les amener à respecter des obligations de vérité, d'honnêteté, de sincérité, voire de vertu. Pour y parvenir, il leur est demandé de se comporter comme l'auteur des *Réveries*, pour ainsi dire : s'exposer à la vue de tous pour que tous puissent juger « un homme dans toute la vérité de la nature ». Aujourd'hui, l'exigence de transparence se confond avec une exigence de moralité publique selon un chemin très semblable à celui

7. WALLACE H., « Transparency and the Legislative Process in the European Union », in RIDEAU J. (dir.), *La Transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1998, p. 113 s.

8. *Traité sur l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992, p. 229.

9. V. JACQUÉ J. P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd., Dalloz, 2012, p. 244 s., § 375-81., MAIANI F., VILLENEUVE J. P. et PASQUIER M., « Less is more ? Les propositions de la commission sur l'accès aux documents de l'Union européenne », *RFAP*, 2011 (1-2, n° 137-138), p. 155 s. Sur les limites de la transparence comme substitut de la démocratie, v. FROST A., « Restoring Faith in Government, Transparency Reform in the United States and the European Union », *European Public Law*, vol. 9 (2003), p. 87 s.

10. *Townes v. Eisner*, 245 U.S. 418, 425 (1918) (Holmes, J.).

qu'a connu la publicité dans le monde anglo-saxon et, en particulier, outre-Atlantique.

B. La pratique américaine de la publicité

Aux États-Unis, la moralité publique est devenue une grande question politique au début du xx^e siècle pendant l'âge doré (*Gilded Age*) qui les vit accéder au rang de première puissance industrielle mondiale et au cours de laquelle l'argent régna en maître sur leur économie et leur politique. Pour encadrer son rôle sur les marchés comme en politique, ils ont suivi l'exemple des Anglais qui, dès le xviii^e siècle, avaient été confrontés au même problème avec l'apparition des premières sociétés par actions. Les Anglais ont trouvé le moyen de moraliser le marché des actions en obligeant les acteurs financiers à rendre public toutes les opérations qu'ils faisaient en secret dans l'opacité la plus totale. En 1844, le jeune Gladstone qui présidait alors la commission parlementaire chargée d'élaborer la loi sur les sociétés (*Joint Stock Companies Act*) proposa à la chambre des Communes de l'inscrire dans le texte au motif : « La publicité est tout ce dont nous avons besoin. Obligeons les voyous à opérer au grand jour et ils deviendront inoffensifs¹¹ ! »

L'idée traversa l'Atlantique. En 1901, le Président Theodore Roosevelt la reprit et il fit de la publicité le seul moyen sûr pour protéger les épargnants contre les agissements occultes et prédateurs des sociétés prêtes à tout pour se constituer des monopoles. Il voyait juste comme le prouve l'aveu du financier Henry Clews qui admit en 1908 : « Ceux qui tiennent le pouvoir dans les sociétés anonymes ont souvent fait en secret des choses dont ils auraient eu honte et peur s'ils avaient dû les faire ouvertement¹². » En 1914, le principe de la publicité obligatoire fut théorisé dans un livre au titre suggestif, *L'argent des autres et comment les banquiers s'en servent*, écrit par Louis D. Brandeis qu'on appelait l'avocat du peuple (*the People's Attorney*)¹³. L'ouvrage est célèbre pour avoir présenté l'articulation la plus claire jamais énoncée de la théorie de la publicité qui allait devenir la théorie de la transparence : « On a raison de recommander la publicité comme le meilleur remède aux maux dont souffrent la société et l'économie. La lumière du soleil est réputée le meilleur désinfectant et la lumière électrique, le plus efficace policier¹⁴. »

Toutefois, initialement, ce n'est pas en matière financière que les Américains appliquèrent le remède pour la première fois, mais en matière politique. La première loi fédérale qui imposa la publicité des versements d'argent effectués dans l'espoir d'en retirer un avantage fut promulguée en 1910 quand le Congrès exigea des comités politiques qui se forment pour influencer le résultat

11. Cité par KNAUSS R. L., « A Reappraisal of the Role of Disclosure », *Michigan Law Review*, vol. 62 (1964), p. 607, 611.

12. Cité par SELIGMAN J., « The Historical Need for a Corporate Disclosure System », *Journal of Corporation Law*, vol. 9 (1983), p. 1, 45.

13. Louis D. Brandeis deviendra juge à la Cour suprême en 1916, sur proposition du Président Woodrow Wilson.

14. BRANDEIS L. D., *Other People's Money and How the Bankers Use It*, 1914, p. 92.

des élections au Congrès la révélation (*disclosure*) du nom de tous les contributeurs d'une somme supérieure à 100 \$. En 1911, le Congrès étendit la loi aux primaires et aux conventions nationales des partis et, en 1925, une loi fédérale sur la corruption décida d'imposer la même obligation aux comités politiques qui se forment pour financer les campagnes dans les élections présidentielles.

Le remède de la révélation obligatoire (*mandatory disclosure*) fut étendu aux marchés financiers quand, après le krach de Wall Street en 1929, il s'avéra que plus personne ne croyait à l'honnêteté des sociétés anonymes et de leurs opérations en bourse. Le problème était alors de savoir comment rétablir la confiance du public. L'administration Roosevelt dut y faire face dès qu'elle arriva au pouvoir en 1933. Deux thèses s'affrontèrent, celle des juristes et celle des économistes. Les juristes représentés par L. Brandeis et Felix Frankfurter¹⁵ préconisaient d'imposer à toutes les sociétés, tant au moment de la constitution de leur capital social que lors de toute augmentation de celui-ci, une révélation obligatoire de toutes les informations relatives à leur état de santé comptable et financier. L'idée était que, si elles invitaient le public à investir dans leur avenir, alors il leur fallait se dévoiler, se mettre nu, en quelque sorte. Les économistes (les plus connus étaient Adolph A. Berle et Gardiner C. Means¹⁶) partageaient avec les juristes la conviction qu'il était nécessaire d'exiger une totale publicité des opérations sur les valeurs mobilières. Mais ils voulaient aussi que les sociétés fussent intrinsèquement honnêtes. Le plus interventionniste des deux, Berle, suggéra donc à Roosevelt de proposer une législation fédérale sur la constitution des sociétés pour les responsabiliser davantage, ce qui aurait impliqué de priver les États de leur compétence traditionnelle en la matière.

Sur les conseils des juristes, Roosevelt rejeta l'idée d'un statut fédéral des sociétés au profit d'une approche fondée sur la révélation obligatoire (*mandatory disclosure*) par les sociétés de toutes les informations de nature à éclairer l'acheteur de valeurs mobilières¹⁷. Pour le Président, placer « le fardeau de dire la vérité sur le vendeur » suffisait « pour redonner l'élan à des transactions honnêtes et ramener la confiance dans le public¹⁸ ». Codifiée dans les deux grandes lois financières du New Deal (*Securities Act* de 1933 et *Securities Exchange Commission Act* de 1934), l'obligation imposée aux sociétés anonymes de publier à l'intention des investisseurs toutes informations les concernant soit

15. Felix Frankfurter, professeur de droit à Harvard, deviendra juge à la Cour suprême en 1939, sur proposition du Président Franklin D. Roosevelt.

16. Berle A. A. et Means G. C. étaient les co-auteurs de l'ouvrage, *The Modern Corporation and Private Property* (1932), qui jeta les bases du droit moderne des sociétés l'année où Roosevelt fut élu. Ils sont restés célèbres pour avoir compris que l'un des problèmes cruciaux de la société moderne était la séparation toujours plus grande entre la propriété du capital social détenue par une foule d'actionnaires et la direction de l'entreprise entre les mains d'une poignée de managers qui ne sont plus contrôlés comme autrefois. Selon eux, il fallait responsabiliser les dirigeants et les obliger à développer le sens d'une responsabilité fiduciaire. Leurs travaux ont ouvert la voie à la théorie de la gouvernance d'entreprise (corporate governance).

17. WILLIAMS C. Y., « The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency », *Harvard Law Review*, vol. 112 (1999), p. 1197, 1220.

18. SELIGMAN J., « The Historical Need for a Mandatory Corporate Disclosure System », *Journal of Corporation Law*, vol. 9 (1983), p. 1, 51.

quand elles veulent mettre en vente leurs actions pour constituer ou augmenter leur capital, soit lorsqu'elles veulent acheter les actions d'autres sociétés¹⁹ est devenue le principal moyen d'imposer l'honnêteté sur les marchés²⁰.

II. LE RENOUVELLEMENT DE LA GOUVERNANCE DÉMOCRATIQUE

Du droit des sociétés où il s'était perfectionné, le principe de la publicité obligatoire a gagné peu à peu toutes les branches du droit, privé et public. Il s'est identifié à un principe d'ouverture ou principe de transparence et, ce faisant, il a fait entrer la démocratie représentative dans un nouvel âge.

A. De la publicité à la transparence

Progressivement, la publicité s'est imposée partout là où les règles juridiques classiques s'avéraient impuissantes à générer d'elles-mêmes l'honnêteté. La première fut la procédure civile, qui passait en *common law* pour être un chemin semé d'embûches et de chausse-trappes, à cause du formalisme des formes d'action en justice. La promulgation en 1938 par la Cour suprême de nouvelles règles fédérales de procédure civile opéra une réforme de grande ampleur en supprimant les vieilles formes d'actions en justice et en unissant droit et équité dans une action civile unique. Ces nouvelles règles apportèrent plusieurs innovations dans la phase préalable au procès au moyen de techniques qui furent empruntées au principe de la révélation obligatoire. De plus, la tâche de définir les questions juridiques à résoudre entre les parties ne fut plus limitée dans le temps seulement aux plaidoiries orales, donc aux avocats, mais déplacée en amont sous le contrôle du juge. L'innovation majeure fut l'introduction d'une phase préalable dite de *discovery* (découverte) au cours de laquelle une partie peut demander au juge d'ordonner à l'adversaire par voie d'injonction la production des documents et moyens de preuve venant au soutien de ses arguments.

L'objectif des nouvelles règles de révélation obligatoire fut de développer l'honnêteté procédurale en éliminant l'effet de surprise qui jouait un si grand rôle dans la conduite du procès. Toutefois, les nouvelles règles restèrent limitées au procès civil et ne furent pas étendues à la procédure criminelle. Certes, le procureur a aujourd'hui l'obligation de révéler les preuves à décharge, mais il n'a pas celle de produire les preuves à charge. La Cour suprême n'a jamais

19. SEC Rule 10b-5. La règle interdit tout acte ou omission constitutif d'une tromperie ou d'une fraude lors de la vente ou de l'achat de toute valeur mobilière.

20. Comme l'a expliqué un directeur de la SEC en 1997 : « Sur les marchés américains de capitaux, la protection de l'investisseur est garantie non par des règles de fond qui autorisent l'accès aux marchés uniquement à des sociétés saines, mais par une régulation du marché qui exige de tous les acteurs qui veulent y entrer qu'ils donnent aux investisseurs une présentation complète et honnête de tous les risques encourus » ; SUTTON M. H., « Harmonization of Accounting Standards : Perspectives from the Securities and Exchange Commission Remarks », *American Accounting Association, 1997 Annual Meeting*, Dallas (1997 WL 486335).

changé sa jurisprudence selon laquelle l'individu ne jouit pas d'un droit constitutionnel général à la révélation de tous les éléments qui sont utilisés au cours de son procès²¹. C'est ainsi par exemple que le procureur n'est pas obligé de révéler préalablement à la défense le nom des témoins à charge. En matière pénale, l'effet de surprise peut rester entier.

De la procédure judiciaire, l'obligation de révélation a glissé vers la procédure administrative avec la loi sur la procédure administrative (*Administrative Procedure Act of 1946*) qui est le pilier fondateur du droit administratif américain. Ce texte a introduit un principe de publicité systématique, donc de transparence, dans le fonctionnement de l'administration en obligeant les agences à annoncer les projets de règlements en préparation dans les services au moyen d'un avis (*notice*) dans le *Federal Register* (équivalent du JO pour les actes réglementaires) et à les mener jusqu'à élaboration finale en offrant à toute personne intéressée la possibilité de formuler des commentaires (*comment*) dont les agences peuvent tenir compte ou non, mais auxquels il leur faut répondre si elles les écartent.

Il n'a pas fallu longtemps avant que le droit du public intéressé de participer à ce que font les agences se double d'un droit du public à obtenir d'elles ce qu'elles ont fait. En 1966, une loi fédérale a admis le droit de n'importe quel individu à requérir, sans avoir besoin de donner une explication, l'accès à tout document identifiable, en leur possession et non publié jusque-là. Reconnu par la loi *Freedom of Information Act* (1966), ce droit à l'information souffre quelques exceptions pour raisons de sécurité nationale, ou de secrets commerciaux ou financiers, ou pour protéger les données personnelles dont la révélation porterait atteinte à la vie privée (dossiers médicaux, par exemple). Mais il n'a cessé de se renforcer sous l'influence des théories économiques néo-libérales qui pressent le gouvernement et les administrations de délivrer (*deliver*) aux citoyens des informations et des données comme les entreprises délivrent des marchandises et des services aux consommateurs, et il s'étend aujourd'hui aux documents qui font état, par exemple, des dépenses effectuées par l'administration fédérale sous forme de subventions versées, de contrats ou de marchés conclus, ou de prêts accordés (*Federal Funding Accountability and Transparency Act of 2006*).

Dans les années 1970, l'opacité des pratiques utilisées par les partis et les hommes politiques pour conquérir le pouvoir et révélées par le scandale du Watergate donna à la transparence un nouvel élan. Le Congrès choisit de recourir à la technique de la publicité qui avait donné de si bons résultats en matière financière pour moraliser la vie politique et réguler le rôle que l'argent y tenait. Il rendit obligatoire la publication des contributions versées aux candidats par leurs donateurs et il obligea les candidats à révéler toutes les dépenses engagées pour obtenir la victoire. Son initiative fut fort mal reçue par les libertariens dont le mantra est la liberté sans contrainte. Ils s'empressèrent d'attaquer en justice la constitutionnalité des révélations obligatoires imposées

21. *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 559 (1977).

par la loi aux acteurs politiques. La Cour suprême leur répondit dans l'arrêt *Buckley v. Valeo* (1976). Certes, elle a reconnu avec eux que la révélation forcée du nom des contributeurs à un parti politique pouvait être, dans certains cas, « une atteinte sérieuse à la liberté d'association garantie par le Premier amendement²² ». Mais elle a jugé qu'en l'espèce, il y avait au moins trois raisons de nature à la justifier : 1) informer les électeurs sur l'origine de l'argent qui afflue dans les campagnes électorales et sur la manière dont les candidats l'utilisent, 2) dissuader la corruption ou les tentatives de corruption en exposant à la vue de tous et de chacun les colossales sommes d'argent que les groupes les plus riches n'hésitent pas à engouffrer dans les élections, 3) obliger les candidats et leurs comités de soutien à tenir une comptabilité qui facilite le contrôle des plafonds fixés aux contributions²³.

Les Américains n'exigent pas de leurs hommes politiques qu'ils soient des chevaliers blancs. Mais ils exigent la publicité intégrale de tous leurs faits et gestes de nature publique. À défaut de moraliser la vie politique et de requérir l'intégrité des acteurs par la loi, ils la régulent par le marché, c'est-à-dire par des procédés qui obligent les hommes politiques à s'autocontrôler, à se discipliner, à se corriger par eux-mêmes. Ils ont fait de la transparence le moyen d'obliger l'individu à faire dans son intérêt personnel ce qui est dans l'intérêt de tous, comme Madison le recommandait dans *Le Fédéraliste* (lettre n° 10) : « L'intérêt privé de chaque individu peut être une sentinelle des droits de tous. » Plutôt que de faire appel au civisme, ils préfèrent compter sur les ressorts psychologiques de l'*homo economicus*, l'homme rationnel, froid et calculateur, mu par son intérêt individuel, qui est au cœur de l'analyse économique du droit. Sans doute est-ce de l'utilitarisme ; il n'en reste pas moins que leur politique législative est efficace.

La preuve en est démontrée par la pratique de plus en plus suivie par les multinationales d'anticiper sur les conséquences de l'exigence de transparence en allant au-delà des obligations du droit positif. L'obligation juridique de révéler aux marchés financiers toutes les informations sur leurs projets et perspectives de développement a incité ces sociétés soit de leur propre fait, soit sous la pression de l'opinion, à publier, en plus, des informations sur leur comportement « sociétal » (par exemple, sur le coût environnemental de leur production, ou sur le traitement réservé aux travailleurs employés par elles dans les pays à faible coût de main-d'œuvre). La révélation de l'information, autrement dit, la transparence, contribue au développement d'une éthique de l'entreprise.

B. L'âge de la transparence

À divers degrés, la plupart des pays européens ont intégré dans leurs droits nationaux les principes fondamentaux de publicité obligatoire et révélation forcée propres à la transparence que les États-Unis ont mis en œuvre depuis plus d'un siècle. Ainsi ont-ils adopté des lois sur le financement des campagnes électo-

22. *Buckley v. Valeo* 1, 64 (1976).

23. *Ibid.*, p. 66-68.

rales, sur la prévention des conflits d'intérêts, sur les groupes de pression et leur pratique du lobbying, ou sur la transparence de la vie politique. Partout, l'exigence de transparence est perçue comme le meilleur moyen de limiter le rôle de l'argent dans la démocratie moderne. En 1957, interprétant la loi adoptée par le Congrès dès 1907 pour interdire aux personnes morales de financer directement la campagne de candidats à l'élection présidentielle, la Cour suprême voyait déjà tout ce qui allait sortir de la soif de transparence en soulignant par la voix du juge Frankfurter que « son but n'était pas seulement d'empêcher que l'on sape l'intégrité du processus électoral. Sa philosophie sous-jacente est d'encourager la responsabilité active, alerte, de l'individu-citoyen de la démocratie pour veiller à ce que ses gouvernants se conduisent avec sagesse²⁴ ».

La transparence n'exercerait pas un si grand pouvoir de séduction sur les esprits si elle n'était perçue comme le remède idoine pour apaiser le mal qui ronge la démocratie moderne, la défiance des élus. Du jour où l'intérêt individuel est devenu le moteur de la société, la concordance entre les intérêts des représentants et ceux des représentés, autrefois tenue pour parfaite, s'est fissurée. Le doute a germé, la suspicion s'est installée. La crainte de l'infidélité de l'élu a gagné l'esprit des électeurs. Sur le brouillon de la Résolution qu'il rédigea pour combattre les Lois sur les étrangers et la sédition qui avaient été votées par le Congrès en 1798, Jefferson s'abandonna à livrer les réflexions suivantes : « Nous nous abuserions dangereusement nous-mêmes si la confiance dans nos élus devait faire taire les craintes que nous entretenons pour nos droits ; partout la confiance est parente du despotisme ; le gouvernement libre est fondé sur la jalousie et non sur la confiance²⁵. » Son pessimisme noir qui pouvait paraître excessif au XIX^e siècle ne l'est plus aujourd'hui. Une branche de la science économique, la théorie des choix publics, s'est même construite sur le présupposé qu'au rebours d'un prétendu intérêt public que plus personne n'arrive à définir – ce mythique « intérêt général », soigneusement entretenu par les élus qui jurent ne se déterminer que par rapport à lui – les choix publics sont nécessairement impurs parce que les élus visent en priorité la satisfaction de leurs intérêts personnels et, en particulier, leur réélection.

Dans un tel climat de défiance généralisée, la transparence apaise l'inquiétude des gouvernés. Elle leur ouvre la boîte noire du processus de décision dont ils ne connaissaient rien autrefois, sinon les entrées (*inputs*) et les sorties (*outputs*). Elle permet aux gouvernants d'exposer aux gouvernés ce qu'ils font, pourquoi ils le font et comment ils le font, favorisant ainsi une compréhension mutuelle entre les uns et les autres. La confiance fondée sur la compréhension mutuelle étant plus pérenne que celle fondée sur la crainte²⁶, la transparence rencontre un extraordinaire succès dans l'opinion.

Ce succès cache toutefois une grande incertitude. La transparence peut être la meilleure ou la pire des choses selon l'usage qu'on en fait, la meilleure si

24. *United States v. International UAW*, 352 U.S. 567, 575 (1957).

25. JEFFERSON T., Public Papers, « Draft of the Kentucky Resolution » (October 1798), *Writings*, The Library of America, 1984, p. 454.

26. DOUGLAS O. D., *Stare Decisis*, *Columbia Law Review*, vol. 49 (1949), p. 735, 754.

elle contribue à développer une citoyenneté responsable comme l'esquissait la Cour suprême en 1957, la pire si elle exige de chaque responsable « qu'il se justifie de toute décision qu'il s'apprête à prendre » et conduise à « un régime préventif [qui] tend vers le soupçon et l'inquisition », comme le craint M. Denoix de Saint Marc²⁷. Le choix entre ces deux voies appartient aux générations futures. Aucune d'entre elles n'est fermée ; tout est encore possible comme le prouve la riche diversité des contributions au présent colloque.

27. DENOIX DE SAINT MARC R., *Lettre d'Information de l'Académie des sciences morales et politiques* (mardi 21 janvier 2014), 15e année, n° 542, p. 1.