

LE COSMOPOLITISME JURIDIQUE

Direction scientifique :

Olivier DE FROUVILLE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
membre de l'Institut Universitaire de France

2015

Editions PEDONE

LA TRANSPARENCE COMME PRINCIPE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

ANNE PETERS

Les révélations récentes sur la surveillance à grande échelle des connexions téléphoniques et Internet des citoyens, opérée par l'Agence Nationale de Sécurité Américaine, ont ravivé les débats en faveur d'une plus grande transparence dans ce type d'activités. La transparence est en réalité un mot-clé au sein du discours politique et dans le cadre du droit national. Mais jusqu'à présent, ce concept n'a été que peu analysé en droit international public.

Pour combler cette lacune, nous nous sommes posé les questions suivantes¹ : quel est le degré de transparence en matière de création et d'exécution du droit ? Qu'en est-il de l'application d'un principe de transparence en droit international ? Existe-t-il véritablement une tendance conduisant vers plus de transparence ; quelles en sont les causes, et comment peut-on évaluer la transparence de façon normative ? Quelles recommandations politico-juridiques pourrions-nous formuler ?

Nous devons d'abord clarifier notre concept de base. Qu'entendons-nous par transparence ? Par le terme « transparence »², je me réfère ici à une situation dans laquelle les informations pertinentes (par exemple en matière de droit ou de politique) sont accessibles. Quelque chose de transparent nous permet de voir à travers. Le contraire de la transparence n'est pas seulement l'opacité, le secret et la confidentialité, mais également la complexité et le désordre. La pluralité des antonymes montre que le concept de transparence a lui-même plusieurs significations qui dépendent du contexte, entre autres.

Il est important de noter que la surveillance exercée par les services de sécurité américains ne peut se réclamer du principe de transparence. Tandis que les citoyens jouissent d'emblée d'une protection de leur vie privée fondée sur les droits fondamentaux, la notion de transparence gagne de plus

¹ Andrea Bianchi/Anne Peters (dir.), *Transparency in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

² Clarification terminologique et comparaison entre publicité et ouverture chez Daniel Naurin, « Transparency, Publicity, Accountability – The Missing Links », *Swiss Political Science Review* 12 (2006), 90-98.

en plus les institutions étatiques et les organisations internationales. En outre, cette notion s'inscrit progressivement dans le droit international public.

ETAT DES LIEUX :

LE « TRANSPARENCY TURN » DE LA GOUVERNANCE MONDIALE

Dans pratiquement tous les domaines du droit international public (comme le droit de l'environnement, le droit économique, la protection internationale des droits de l'homme, le droit des conflits armés, le droit de la santé, le droit du maintien de la paix et de la sécurité), des exigences relatives à une plus grande transparence sont apparues au sein des institutions et des procédures. Ces revendications ont été formulées par des acteurs de la société civile, par les Etats, mais aussi par les institutions internationales et elles ont été entendues à plusieurs reprises.

Dans ce contexte, nous pourrions faire une distinction entre la transparence *dans* la gouvernance (les obligations du droit international s'imposant aux Etats)³ : « *transparency for governance* » ; et la transparence *de* la gouvernance (mondiale), à savoir la transparence des organisations internationales elles-mêmes : « *transparency of governance* ».

Les textes juridiques qui exigent plus de transparence de la part des Etats sont la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information environnementale⁴ et la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, qui n'est cependant pas encore entrée en vigueur⁵.

Quant à la transparence *de* la gouvernance (des organisations internationales), on peut mentionner le Règlement « Transparence » de l'Union européenne⁶, mais aussi les recommandations de Peter Sutherland tendant à améliorer la transparence de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)⁷. De plus, la nouvelle Politique de la Banque mondiale du 1^{er} juillet 2010 s'inscrit dans cette même lignée et a trait à l'accès à l'information⁸. Concernant l'Organisation des Nations Unies, nous pouvons citer le projet pour une résolution de l'Assemblée Générale intitulée « Renforcement de la

³ Voir pour la distinction entre transparence dans la gouvernance (« for governance ») et transparence de la gouvernance (« of governance ») Ronald B. Mitchell, « Transparency for Governance: The Mechanisms and Effectiveness of Disclosure-based and Education-based Transparency Policies », *Ecological Economics* 70 (2011), 1882-1890, 1882.

⁴ Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée le 25 juin 1998.

⁵ (STCE no. 205) du 18 juin 2009.

⁶ Règlement (CE) no. 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

⁷ Peter Sutherland e.a., *L'avenir de l'OMC, Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire* (Genève: WTO, 2004), para. 199.

⁸ « World Bank Policy on Access to Information », 1 July 2010, <http://documents.worldbank.org>.

responsabilité, de la transparence et de l'efficacité du Conseil de sécurité » de mai 2012⁹. Tous ces documents, qui légalisent les efforts politiques pour plus de transparence, constituent un véritable « *transparency turn* »¹⁰ dans la gouvernance mondiale.

LA QUALITÉ NORMATIVE DE LA TRANSPARENCE

Aux fins d'une analyse juridique, nous nous intéressons naturellement à la qualité normative des tendances observées. Aujourd'hui, il n'existe pas d'accord international sur la transparence bien que la pratique actuelle pourrait pourtant constituer une norme internationale coutumière ou un principe général du droit.

Cependant, il faut d'abord que deux conditions structurelles fondamentales soient remplies afin de pouvoir appréhender un concept normatif au sein de ces deux catégories. Le concept doit, d'une part, être suffisamment précis pour être en mesure de créer une obligation et permettre d'évaluer le respect de cette nouvelle obligation. D'autre part, doivent exister un débiteur et un bénéficiaire clairement définis. Ces deux conditions ne sont pourtant pas simples à remplir dans le cadre du concept de la transparence.

C'est pour cette raison qu'une obligation générale de transparence ne peut actuellement pas constituer une norme contraignante du droit international. En allant plus loin, la « transparence » en tant que telle et de façon générale, ne pourra sans doute jamais devenir une norme obligatoire du droit international, en raison de l'imprécision quant aux personnes bénéficiant du principe de transparence et les personnes soumises à l'obligation de transparence. Cela n'est toutefois peut-être pas si pertinent ici. Peut-être que les sources classiques, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ), ne nous disent pas grand-chose sur l'impact des normes même non contraignantes qui influencent le comportement des acteurs internationaux.

⁹ Projet de résolution A/66 L.42/Rev.1 dans l'Assemblée Générale : "Enhancing the accountability, transparency and effectiveness of the Security Council" (Mai 2012).

¹⁰ Anne Peters, chapter 20 « Towards Transparency as a Global Norm », in Andrea Bianchi, Anne Peters (dir.), *Transparency in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 534-607, 607. Nous devons ce terme à Aarti Gupta, « Transparency under Scrutiny: Information Disclosure in Global Environmental Governance », *Global Environmental Politics* 8 (2008), 1-7, 6, qui l'a utilisé dans le contexte de la gouvernance environnementale.

UN DROIT À L'INFORMATION
 COMME CATALYSEUR DE LA TRANSPARENCE

Le droit à l'information pourrait faire office de catalyseur pour la consolidation d'un principe de transparence. Ce droit est prévu par tous les accords régionaux et universels relatifs aux droits de l'homme. Il n'est désormais plus seulement interprété comme une obligation étatique de ne pas faire obstacle à la diffusion de l'information déjà présente dans l'espace public, mais comme un droit positif.

La Cour européenne des droits de l'Homme a, par exemple, dans un arrêt de Grande Chambre, déduit de la disposition de l'article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) (droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées) un droit d'accès aux documents publics¹¹. Cet arrêt constitue une nouvelle interprétation importante élargissant le champ d'application de la norme *ratione materiae*.

Quelle est l'interprétation à donner au champ d'application personnel, relatif au destinataire de ce droit ? Les conventions relatives aux droits de l'homme s'appliquent aux Etats. Mais pour que le droit à l'information puisse agir efficacement comme catalyseur de la transparence mondiale, il devrait pouvoir être opposable à d'autres acteurs, et non pas seulement aux Etats. Car en raison de l'augmentation relative des compétences et du pouvoir réel des organisations internationales, les informations importantes ne se trouvent pas qu'entre les mains des Etats mais aussi entre celles des organisations internationales. Aussi, le droit à l'information devrait pouvoir être opposable au détenteur de l'information afin de ne pas réduire sa valeur et sa fonction. Il serait par exemple utile d'invoquer ce droit à l'encontre de la Banque mondiale en ce qui concerne ses décisions de financer des projets de développement écologiquement sensibles.

L'Observation générale du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relative à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) s'inscrit d'ailleurs dans cette dynamique. Le Comité décrit ici les bénéficiaires (et les débiteurs) du droit à l'information de façon fonctionnelle et non-formaliste. Dans cette Observation générale, il est précisé que la disposition garantit un droit d'accès à l'information, lorsque les informations sont entre les mains d'organismes publics. Ce droit peut également toucher d'autres entités, lorsque ces entités exercent des activités

¹¹ CEDH, *Gillberg c. Sweden*, Grande Chambre, jugement 3 Avril 2012, aff. no. 41723/06, § 93.

de puissance publique.¹² Il convient ainsi de noter que le droit à l'information pourrait jouer un rôle de catalyseur pour la consolidation d'une norme sur la transparence mondiale à contenu déterminé, avec des bénéficiaires et des débiteurs, s'il est interprété matériellement et personnellement en ce sens.

FONCTIONS

A quoi servirait une telle norme internationale pour la transparence ? Au sein du droit international et dans le domaine de la gouvernance internationale, trois aspects sur la manière dont la transparence est exercée peuvent être distingués : (1) « *accountability* », obligation de rendre compte, participation et démocratie ; (2) bonne gouvernance ; (3) efficacité et efficience.

J'aimerais me consacrer seulement au premier aspect. La démocratie nécessite de la transparence. L'argument classique est de James Madison : « un gouvernement du peuple, sans informer le peuple ou sans lui donner les moyens de s'informer, n'est que le prologue d'une farce ou d'une tragédie, ou bien des deux. Le savoir va toujours gouverner l'ignorance, et un peuple qui veut être son propre chef doit s'approprier le pouvoir obtenu par le savoir »¹³.

La transparence est de toute évidence une condition *sine qua non* pour l'obtention d'un consentement éclairé des gouvernés (« *informed consent of the governed* »). Elle est nécessaire pour déceler les abus et pour défendre des intérêts. La transparence peut également encourager l'obligation de rendre compte et améliorer les mécanismes de responsabilisation.

La question se pose cependant de savoir envers qui les auteurs du droit international et les décideurs politiques doivent être responsables. Les organisations internationales doivent-elles être responsables seulement devant leurs Etats membres ? Ou bien devant l'ensemble des Etats ? Ou même devant la communauté mondiale ?

Allan Buchanan et Robert Keohane distinguent l'obligation étroite de l'obligation générale de rendre compte. La responsabilité générale d'une organisation internationale comme l'OMC, par exemple, ne signifie pas seulement qu'elle doive rendre compte à ses Etats membres, mais qu'elle soit également responsable devant un ensemble d'autres acteurs (telles que les ONG ou certaines catégories de la population). C'est seulement de cette

¹² Observation générale no. 34 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies du 12 septembre 2011, sur l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Liberté d'expression, qui comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations, para. 18.

¹³ James Madison, « James Madison to W. T. Barry », in Philip B. Kurland/Ralph Lerner (dir.), *The Founder's Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), ch. 18, document 35, writings 9: 103-109 (notre traduction).

manière que ces derniers auront la possibilité de remettre en cause les dernières conditions du schéma de responsabilité, et éventuellement de le modifier. Ce dernier point est essentiel parce qu'une plus grande transparence peut permettre à d'autres catégories de personnes de modifier l'obligation de rendre compte. En outre, la transparence peut permettre de dévoiler le déséquilibre actuel dans la relation de responsabilité ; le célèbre « *mismatch* » entre ceux qui doivent rendre compte et ceux qui sont également intéressés et concernés par cette relation.

Toutefois, il est possible de soulever une objection sur ce point : la transparence n'est-elle qu'un substitut qui remplace les réelles questions de fond ; telles que la démocratie, la bonne gouvernance, l'efficacité économique, la justice sociale et l'Etat de droit ?¹⁴ La transparence est effectivement un substitut, mais un substitut nécessaire. Elle remplace la sécurité inatteignable dans un espace mondial de pluralité politique grâce à un procédé qui permet à tout un chacun de se forger sa propre opinion sur les questions de gouvernance mondiale. Quand la transparence est accompagnée de mécanismes participatifs, elle peut ainsi contribuer à la formation et aux réformes de la gouvernance mondiale à l'aide du débat public. Les politiques de transparence ne créent alors, dans une certaine mesure, que des titres de légitimité vides¹⁵ c'est-à-dire qu'ils feignent seulement de contribuer à la légitimité de la gouvernance. D'un autre côté, ces politiques de transparence constituent pourtant souvent un premier pas judiciaire¹⁶ vers l'amélioration de l'« *accountability* » et vers la légitimité du droit international public.

LES DANGERS DE LA TRANSPARENCE

De toute évidence, une transparence trop grande au sein du droit international présente également des risques. Il est possible de faire une distinction entre les différentes conséquences intrinsèquement négatives de la transparence comme les dangers pour la qualité des délibérations, et les intérêts légitimes opposés, comme la sécurité,¹⁷ la vie privée et la confidentialité commerciale

¹⁴ Virginia Haufler, « Disclosure as Governance: The Extractive Industry Transparency Initiative and Resource Management in the Developing World », *Global Environmental Politics* 10 (2010), 53-73, 70 sur la transparence comme 'default option'.

¹⁵ Lucian Hölscher, *Öffentlichkeit und Geheimnis: Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit* (Stuttgart: Klett-Cotta, 1979), 170.

¹⁶ Haufler (note 14), 70: 'a reasonable initial step'.

¹⁷ Anne Peters, « Transparency, Secrecy, and Security: Liaisons Dangereuses », in Julia Iliopoulos-Strangas, Oliver Diggelmann, Hartmut Bauer (dir.), *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa/Rule of Law, Freedom and Security in Europe/Etat de droit, liberté et sécurité en Europe, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)* 6 (Baden-Baden, Athènes, Bruxelles : Sakkoulas, Nomos, Bruylant, 2010), 183-243.

et industrielle¹⁸. Le coût des mesures de transparence est la troisième conséquence négative étant donné qu'elles relèvent également de contraintes temporelles et locales comme toute politique publique. Par exemple, les salles peuvent être trop petites pour accueillir des délégués des ONGs ; la mise à jour d'un site web prend du temps, etc. La quatrième limite de la transparence est qu'elle peut n'être que simulée, notamment par la submersion des données¹⁹, la désinformation et la propagande, qui jouent traditionnellement un rôle important dans les relations internationales²⁰.

Il est important de noter que les mesures de transparence peuvent aussi être contournées : les acteurs juridiques et politiques peuvent tenir des réunions secrètes derrière la façade des séances publiques. Ils peuvent gérer des dossiers secrets en parallèle aux dossiers publics, ou ils peuvent, dans l'absolu, minimiser la documentation. Si la transparence ou la trop grande transparence dans un certain contexte conduit à ce type de conséquences prévisibles ou même inévitables, c'est la totalité de la politique de la transparence qui sera inefficace, voire contre-productive, et conduirait à davantage d'opacité.

TRANSPARENCE ET NÉGOCIATIONS DIPLOMATIQUES

Les plus gros problèmes qui pourraient découler d'une norme de transparence internationale, si celle-ci venait à être consacrée, concernent le domaine de la création du droit international, résultant traditionnellement de la négociation diplomatique. En effet, la confidentialité est un élément fondamental au sein des arènes diplomatiques. Un diplomate anglais a d'ailleurs écrit : « le principe ancien selon lequel l'art de la négociation repose sur la fiabilité et la confidentialité est un principe éternel »²¹.

La confidentialité, et donc l'opacité, est-elle alors une condition éternelle et indispensable du processus d'élaboration du droit international public ? Cela n'est pas le cas si l'on se fie au paradigme délibératif des relations

¹⁸ Par exemple, voire Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, le 15 avril 1994, 1869 RTNU 299, art. 39. Et AIEA, Modèle de protocole additionnel à l'accord (aux accords) entre un Etat (des Etats) et l'agence internationale de l'énergie atomique relatif(s) à l'application de garanties, INFCIRC/540 (corrigé), septembre 1997, art. 15 contient l'obligation d'AIEA de maintenir « un régime rigoureux pour assurer une protection efficace contre la divulgation des secrets commerciaux, technologiques et industriels ou autres informations confidentielles dont elle aurait connaissance »

¹⁹ 'Drowning in Disclosure', Gupta (note 10), 4.

²⁰ Holzner et Holzner citent un fonctionnaire de haut niveau de l'UE : [t]he impression of transparency is that it is a straight ray of light. But it can be simulated by a thousand mirrors'. (Burkart Holzner, Leslie Holzner, *Transparency in Global Change: The Vanguard of Open Society* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2006), 102).

²¹ Harold Nicolson, *Diplomacy* (Oxford: Oxford University Press, 3^{ème} éd., 1963), 255: 'the old principle that the art of negotiation depends on reliability and confidence is an eternal principle.'

internationales co-initié par Thomas Risse. D'après cette analyse, « argumenter » est placé en opposition avec « négociier ». Argumenter est défini comme un comportement communicatif basé sur des préférences variables et des arguments. On cherche à atteindre un consensus justifié. Au contraire, négociier est un comportement communicatif qui se base sur des préférences fixes, autour desquelles des revendications, des menaces et des promesses sont échangées. Risse et d'autres ont montré qu'« argumenter » n'est pas seulement un épiphénomène du pouvoir et des intérêts propres, mais également constitutif des relations internationales²². Le point essentiel est que l'argumentation se distingue de la négociation par la nature triadique de la première²³.

Argumenter comprend la référence à une autorité extérieure communément acceptée, afin de valider les assertions empiriques ou normatives. Cette autorité extérieure peut être un public qui se pose en arbitre du meilleur argument. Ce public peut également être le grand public qui observe les négociations internationales par exemple. Au sein de ce paradigme, la transparence semble être un élément indispensable de la gouvernance mondiale.

Plus les procédés de droit international se déplacent d'un mode de négociation vers un mode d'argumentation, plus ils sont compatibles avec la publicité et la transparence. Un exemple récent d'un engagement vers une diplomatie transparente sont les négociations relatives au climat. Le principe de transparence était clairement la ligne directrice de la Conférence et la Réunion des Parties à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques et au Protocole de Kyoto à Cancún en 2010.²⁴ La présidente mexicaine de la Conférence s'est, en outre, engagée à respecter les principes de transparence et d'inclusion.

Un autre exemple peut être tiré d'un arrêt récent de la Cour de Justice de l'Union Européenne [CJE] dans lequel la Cour défend l'accès intégral d'un individu à un document concernant l'ouverture de négociations entre l'Union Européenne et les Etats-Unis d'Amérique en vue de la conclusion d'un accord international. Tenant compte du fait que « la participation du public dans la procédure relative à la négociation et la conclusion d'un accord international est nécessairement restreinte, eu égard à l'intérêt légitime de ne

²² Seminally Thomas Risse, « Let's Argue! », *International Organization* 54 (2000), 1-39.

²³ Cornelia Ulbert/Thomas Risse, « Deliberately Changing the Discourse: What does Make Arguing Effective? », *Acta Politica* 40 (2005), 351-367 (352-353).

²⁴ CCNUCC [Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques], Organe Subsidaire pour la mise en application, Rapport de synthèse sur les moyens de favoriser la participation des organisations ayant le statut d'observateur, FCCC/SBI/2010/16, 19 octobre 2010 lors de la conférence à Cancún (30 nov. au 4 déc. 2010) avec des recommandations portant sur « ensuring transparency, accountability and information-sharing » (§ 16 s. et §§ 26-28).

pas dévoiler les éléments stratégiques des négociations »²⁵, l'article 4(1) du Règlement (CE) sur la transparence²⁶, prévoit que « les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection: a) de l'intérêt public, en ce qui concerne: (...) les relations internationales (...) à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé ». La Cour a considéré que l'intérêt général à ce que le document requis soit rendu accessible prévalait.

Quels sont toutefois les enjeux lorsque les processus diplomatiques deviennent plus transparents ? Quels effets négatifs apparaissent quand il est permis à des non participants d'écouter des négociations et délibérations ? Face à un public, les participants aux négociations peuvent notamment chercher à éviter de donner une impression de déséquilibre, de faiblesse et de versatilité. Ils peuvent adopter des positions plus radicales et inflexibles lorsqu'ils se retrouvent face à un public. La transparence les pousse alors à adopter un discours faisant preuve d'une rigidité, de façade, afin d'éviter les avis risqués ou innovateurs. Le résultat peut amener une augmentation du risque d'une impasse (puisque un compromis semble impossible à trouver) ou la conclusion d'un accord bâclé de dernière minute²⁷.

La transparence peut, cependant, aussi avoir des effets positifs dans les débats et négociations. L'un de ces effets positifs est celui que Jon Elster a qualifié de « force civilisatrice de l'hypocrisie »²⁸. La transparence pourrait amener les créateurs de droit et les décideurs à éclaircir leurs positions sur les normes socialement acceptées. La pression sociale les pousserait à justifier leurs prises de position d'après des considérations d'intérêt général et non pas d'après leurs intérêts propres. Même si ces positions sont hypocrites, elles peuvent mener à de meilleurs résultats, parce que les « mauvais » arguments sont officiellement bannis et ont, de ce fait, beaucoup moins d'impact sur la décision finalement prise²⁹.

²⁵ CJUE (première chambre), *Conseil v. in 't Veld*, 3 juillet 2014, aff. C-350/12 P, point 102, citant le Tribunal de première instance, au point 88 de son arrêt.

²⁶ Note 6.

²⁷ Sissela Bok, *Secrets* (New York: Pantheon, 1982), 175 et 184.

²⁸ Jon Elster, 'Deliberation and Constitution Making', in Jon Elster (dir.), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 97-122, 111.

²⁹ Jon Elster ne focalisait pas sur l'activité communicative publique par opposition à la privée, mais contrastait les modes argumentatifs de « argumenter » (donner des raisons) et « négocier » (des menaces et des promesses). Il pensait que « *secrecy tends to induce bargaining and publicity to induce argument* ». Il pensait que « *secrecy tends to induce bargaining and publicity to induce argument* » (Jon Elster, 'Strategic Uses of Argument', in Kenneth J. Arrow et al. (dir.), *Barriers to Conflict Resolution* (New York: Norton, 1995), 237-257, 252). « *Roughly speaking, arguing is better than bargaining because of the civilizing force of hypocrisy, and private settings are better than public settings because they leave less room for pre-commitment strategies and overbidding (...). The real choice, therefore, may be between the second-best and the third-best options* ». (*Ibid.*, 250). (Original dans Jon Elster, *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, The Storrs Lectures (New Haven: Yale Law School, 1991).

Etant donné les effets positifs et négatifs de la transparence sur les délibérations, le cahier des charges des architectes institutionnels doit brasser les éléments de transparence et d'opacité présents dans ces délibérations, et retranscrire les zones opaques. Pour la garantie des exceptions au principe de transparence des délibérations, il est possible de se référer aux études existantes relatives aux répercussions des examens publics sur les négociations internationales. Une autorisation pour des discussions à huis clos pourrait, par exemple, dépendre de la reproduction d'un pluralisme public normal au sein de ce cercle fermé, en donnant un droit d'accès à ces négociations non publiques à certains acteurs³⁰. Une autre idée serait, aussi, de permettre aux participants de mener des discussions préparatoires non publiques, à partir du moment où les membres de ce comité se prononcent ensuite publiquement sur les raisons pour lesquelles ils ont pris ces décisions individuelles et conclu ces accords³¹.

RECOMMANDATIONS POLITICO-JURIDIQUES

L'aperçu des avantages et des risques des objectifs de transparence permet de formuler des recommandations politico-juridiques.

De lege ferenda, le droit international public et les institutions internationales devraient devenir plus transparentes ce qui signifie que la tendance actuelle devrait se poursuivre. Je souhaiterais faire trois propositions dans ce sens :

Premièrement, il faut évaluer tout changement vers plus de transparence au regard de ses répercussions positives et négatives. Une transparence totale en droit international public n'est ni adéquate ni réaliste. La question n'est pas tant de savoir si la transparence doit exister, mais bien plus dans quelle mesure et dans quel contexte.

Deuxièmement, une présomption légale au profit du principe de la transparence devrait être reconnue³². Quelles seraient les conséquences concrètes

³⁰ Simone Chambers, « Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation », *The Journal of Political Philosophy* 12 (2004), 389-410, 390.

³¹ Nicholas Johnson, « Open Meetings and Closed Minds: Another Road to the Mountaintop », *Drake Law Review* 53 (2004), 11-53, 53, concernant le droit des EU de l'Amérique sur les réunions des agences.

³² Amy Gutmann, Denis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge: Belknap, 1996), 96. Joseph Stiglitz explique la base « for a presumption in favor of publicity and the authority of claims of secrecy and other values that could rebut the presumption »; '[b]ecause of these limitations of legalistic approaches, emphasis must be placed on creating a culture of openness, where the presumption is that the public should know about and participate in all collective decisions » (Joseph Stiglitz, « On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life », in Matthew J. Gibney (dir.), *Globalizing Rights, The Oxford Amnesty Lectures 1999* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 115-156, 152). Allen Buchanan/Robert O. Keohane, « The Legitimacy of Global Governance Institutions », *Ethics & International Affairs* 20 (2006), 405-437, 431: « [t]here should be a very strong but rebuttable presumption of transparency ». "Orna Ben-

d'une telle présomption ? Une présomption de transparence signifierait que la non-publication des documents et l'exclusion de la publicité des débats devraient être justifiées, et ce, sur la base d'exceptions légales, préalablement transcrites et clairement définies. Ces exceptions ne peuvent recevoir application que lorsque les raisons les justifiant sont rendues publiques. La charge de la preuve justifiant la nécessité de non-publicité est ainsi transférée à l'institution même, et non aux personnes qui réclament l'accès aux documents ou aux débats.

Troisièmement, l'opacité devient plus acceptable si elle entre dans un cadre que nous appelons la « méta-transparence »³³. Cela signifie que les raisons qui mènent à l'opacité doivent être rendues transparentes. En d'autres termes, les questions concernant la mesure dans laquelle et pendant combien de temps l'opacité est adaptée (par exemple la nécessité d'un débat à huis clos, la transcription des exceptions, les possibles réformes des règles de la transparence) doivent faire l'objet d'un débat public. C'est à travers ce procédé qu'un élément de responsabilité publique est introduit dans la sphère non publique. Seule cette méta-transparence permet de franchir les frontières de la transparence et de faire évoluer ses objectifs³⁴.

TRANSPARENCE ET MONDIALISATION

Pour conclure, je souhaiterais contextualiser plus globalement le « *transparency turn* » international, la vague de documents relatifs à la transparence et les mesures et différents aspects déjà cités. L'exigence de transparence au sein des organisations internationales et dans la création et mise en œuvre du droit international naît d'un déficit. Pourquoi un tel manque de transparence est observé jusqu'à présent ?

Premièrement, le droit international, qui est de plus en plus dense et influent, touche davantage les individus dans leur vie quotidienne. '*International law matters*.' Plus le droit international et la gouvernance mondiale s'intensifient, ils tendent à se substituer au rôle qui était auparavant assumé par des acteurs nationaux à travers des mesures prises sur le plan national.

Naftali, Roy Peled, « How Much Secrecy Does Warfare Need? », chapitre 13 in Andrea Bianchi, Anne Peters (dir.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013) raisonne que « the presumption in favour of secrecy during wartime should be reversed, requiring government officials to shoulder the burden of proof to justify why secrecy is necessary in any particular matter ».

³³ Thore Neuman, Bruno Simma, chapitre 17 « Transparency in International Adjudication » in Andrea Bianchi, Anne Peters (dir.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013), 436-476.

³⁴ Gutman, Thompson 1996, 127 (sur 'publicité').

Il en résulte que la gouvernance mondiale devrait se voir opposer des limites fonctionnellement équivalentes à celles qui s'imposent à la gouvernance nationale. Une de ces limites, qui correspond à la prise en compte des objectifs de l'Etat de droit (*rule of law*) et de la démocratie, est la transparence. Il est ainsi logique que le nouveau principe de transparence internationale reproduise un développement antérieur du droit national, à savoir l'explosion de la liberté d'information³⁵ dans les années 1990.

Deuxièmement et en allant plus loin, la problématique internationale ne constitue pas une simple reproduction de la problématique nationale. La mondialisation et la gouvernance mondiale génèrent un degré élevé d'opacité politique, tout simplement dû au fait que les acteurs politiques se sont multipliés et en partie éloignés des citoyens, et que les procédés sont devenus plus compliqués et par conséquent plus opaques. C'est aussi pour cette raison que les mesures compensatoires de transparence doivent servir à parer à cette opacité. Ce contrepois peut résulter de trois dimensions du concept :

Débiteurs : en premier lieu, de nouvelles catégories d'entités soumises à l'obligation de transparence doivent être envisagées pour équilibrer l'opacité inhérente à la gouvernance mondiale et aux répercussions extraterritoriales de l'activité étatique. Les entités soumises à l'obligation de transparence ne sont plus seulement les Etats, mais aussi et surtout les organisations internationales.

Objet de la transparence : la deuxième dimension concerne l'objet de la transparence internationale : qu'est-ce qui doit être transparent ou doit être rendu transparent ? Il est possible de différencier à ce stade la transparence relative aux institutions, aux documents et aux opérations.

La transparence requiert également la justification des mesures prises ou de l'absence de mesures. Concernant les actes juridiques, cette obligation de justification est inhérente à l'Etat de droit car elle constitue une condition préalable à tout contrôle juridique de la licéité des actes juridiques. C'est ainsi que cette obligation existe au sein de l'Union Européenne, mais aussi pour les rapports du groupe spécial de l'OMC.³⁶ Un degré raisonnable de transparence mondiale exige concrètement des organisations internationales

³⁵ John M. Ackerman, Irma E. Sandoval-Ballesteros, « The Global Explosion of Freedom of Information Laws », *Administrative Law Review* 58 (2006), 85-130; Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal* (Cambridge: Cambridge University Press, 4^{ème} éd. 2010), 498.

³⁶ Par exemple, Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, JO no. C 326 du 26 octobre 2012 (TFUE), art. 296(2) : « Les actes juridiques sont motivés » ; Memorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, le 15 avril 1994, 1869 RTNU 401 (ORD), art. 12(7) : « les groupes spéciaux exposeront dans leur rapport (...) les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations. »

qu'elles disposent d'un site internet, qu'elles publient leurs actes juridiques ainsi que leur budget, et qu'elles fournissent des rapports annuels.

Bénéficiaires : La troisième dimension correspond aux ayants droit de la transparence. Qui devrait pouvoir obtenir des informations ? L'obligation de transparence des Etats et des organisations internationales s'est déjà développée et devrait continuer à s'étendre à de nouvelles entités, comme des Etats étrangers, d'autres organisations internationales et aussi des personnes physiques et morales. Les personnes qui ont un intérêt à l'accès à l'information ne sont pas seulement celles relevant de la juridiction d'un Etat mais également et plus généralement les personnes pouvant être touchées de façon substantielle par les décisions politiques d'un Etat.

Cet élargissement de la transparence interétatique vers une transparence mondiale et vers de nouvelles entités semble démontrer la prise de conscience correspondant *in fine* à la « *constituency* » du droit international et de la politique, et qui forme le germe d'une société civile mondiale, indépendamment du fait que les hommes soient d'abord organisés en Etats-nations. Une corrélation positive se met ici en place parce que lorsque le grand public obtient davantage d'informations, cela contribue à la constitution d'une société civile mondiale « imaginée ». Les ONG symbolisent d'ailleurs exactement cette société civile mondiale, bien qu'elles ne la représentent pas au sens formel³⁷.

FAISABILITÉ : DIFFÉRENCES STRUCTURELLES ENTRE DROIT NATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL ?

Même si la transparence mondiale paraît souhaitable ou même essentielle, notamment pour contrebalancer l'opacité croissante qui entoure le double phénomène de la mondialisation et de la privatisation du droit international, elle pourrait se révéler purement et simplement irréaliste. Un problème majeur pourrait se trouver dans les différences matérielles et structurelles entre le droit national et le droit international.

Quelles sont ces différences en question ? Empêchent-elles réellement l'application d'un principe de transparence mondiale ? Il manque deux attributs essentiels au système de droit international. D'une part, il n'est pas le résultat d'un processus démocratique direct. D'autre part, les organisations internationales ne possèdent pas de mécanisme de « *checks and balances* » ni de séparation des pouvoirs.

³⁷ Anne Peters, « Dual Democracy », in Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 263-341, 315-318.

Ces différences constitutives importantes n'empêchent pourtant pas le transfert des exigences de transparence dans la sphère internationale ; elles l'encouragent au contraire. Comme l'a montré Joseph Stiglitz, « moins une entité de gouvernance a de responsabilités devant le grand public, plus il est important que les mesures qu'elle adopte soient claires et transparentes »³⁸. La séparation floue entre affaires intérieures et politique extérieure a sapé la possibilité d'établir une différenciation claire entre la sphère du droit national, qui doit être transparente, et la sphère du droit international, dans laquelle la transparence n'est ni réalisable, ni nécessaire³⁹. Sans vouloir minimiser les différences entre le droit national et le droit international, nous pouvons affirmer que les systèmes de transparence national et international ne sont fonctionnellement que les variations d'un thème unique de gouvernance⁴⁰.

PERSPECTIVES :

LA « PUBLIFICATION » DU DROIT INTERNATIONAL

Dans ce contexte, nous pouvons interpréter l'ascension de la transparence dans le droit international comme la manifestation d'un changement de paradigmes correspondant à une modification du droit international analogue au droit privé tendant vers un caractère de droit public. Le droit international traditionnel, correspondant principalement au droit interétatique, était pendant longtemps appréhendé comme du droit privé au sens large ; « *private law writ large* »⁴¹. Hersch Lauterpacht a, comme on le sait, constaté que « d'un point de vue formel, le droit international appartient au genre du droit privé »⁴².

La distinction classique entre droit public et droit privé – malgré une délimitation plutôt floue entre les deux – a une valeur normative et analytique, qui concerne aussi notre compréhension du droit international. Cette distinction renvoie en effet à la distinction entre la justice distributive, qui est réalisée de haut en bas (de manière « verticale ») par des politiques de redistribution, et la justice commutative, réalisée de façon « horizontale » par le marché.⁴³ La norme de transparence qui se développe en droit international

³⁸ Stiglitz (note 32), 155.

³⁹ Alasdair Roberts, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 173.

⁴⁰ Archon Fung, Mary Graham, David Weil, *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 150.

⁴¹ Thomas Holland, *Studies in International Law* (Oxford: Clarendon, 1898), 152.

⁴² Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies in International Law* (London: Longmans, Green and Co., 1927), 81.

⁴³ Cf. Nils Jansen, Ralf Michaels, « Private Law and the State », *RebelsZ* 71 (2007), 345-397, reproduit dans Nils Jansen, Ralf Michaels (dir.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), 15-67, 62.

(conçue comme ouvrant la voie à la participation et à la démocratie mondiale et comme se substituant à une obligation de rendre des comptes) renforce actuellement l'élément de justice distributive mondiale dans le droit international.

Le droit international s'est, en ce sens, plutôt rapproché du droit public : un droit devant appliquer la justice distributive, et un droit se situant dans l'optique de la défense de l'intérêt public mondial (pour le grand public)⁴⁴. Le droit international est également un droit limitant l'autorité politique, et enfin un droit cherchant à réconcilier le bien public mondial avec l'autonomie individuelle.

La transparence touche aussi à un quatrième aspect du droit public : en évoluant vers plus de transparence et en intégrant une présomption en faveur de la transparence, le droit international peut être qualifié de « public » en ce qu'il est créé sous le contrôle du grand public, quand bien même il ne serait pas créé directement par le grand public à l'échelle mondiale.

La transparence de la gouvernance est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour mettre en œuvre des mécanismes de participation, de responsabilité et potentiellement des mécanismes démocratiques dans la sphère mondiale. On ne peut toutefois penser que les avancées en matière de transparence mondiale conduiraient inéluctablement vers une forme proto-démocratique de l'autodétermination d'une citoyenneté mondiale. Nous sommes en droit d'exiger une transparence mondiale. En tant que juristes, nous nous devons d'analyser d'autres éléments constitutifs du droit, comme la participation et la contestation, et de faire des recommandations juridiques pour contribuer à la réalisation d'un ordre international juste.

⁴⁴ Sur le problème de conceptualiser et identifier un '*global public interest*', voir Jost Delbrück (dir.), *New Trends in International Lawmaking – International 'Legislation' in the Public Interest* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997) ; Simone Peter, *Public Interest and Common Good in International Law* (Basel: Helbing und Lichtenhahn, 2012).