



**HAL**  
open science

## Le droit de l'Etat de ne pas communiquer

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. Le droit de l'Etat de ne pas communiquer. Mathias FORTEAU; Franck LATTY. Communication médiatique de l'Etat et droit international, 35 (35), Pedone, pp.45-60, 2022, Cahier internationaux, 978-2-233-010025. hal-01996149

**HAL Id: hal-01996149**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01996149>**

Submitted on 13 Apr 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## LE DROIT DE L'ETAT DE NE PAS COMMUNIQUER

FRANCK LATTY

*Professeur à l'Université Paris Nanterre  
Membre et ancien directeur du CEDIN*

« L'Etat c'est l'Etat,  
et il y a des secrets  
qu'on doit aussi protéger »

M<sup>me</sup> Sibeth Ndiaye, porte-parole du gouvernement  
Interview sur *Europe 1*, jeudi 23 mai 2019

La porte-parole du gouvernement français de l'époque citée en exergue a répondu ainsi à la question d'un journaliste sur la convocation de plusieurs de ses confrères par la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) pour « compromission du secret de la défense nationale ». Les personnes concernées étaient à l'origine des « *Yemen Papers* », consistant en la publication sur un site Internet<sup>1</sup> d'une note classée « confidentiel défense » de la Direction du renseignement militaire, relative à l'utilisation, dans le cadre du conflit armé au Yémen, d'armes vendues par la France à l'Arabie saoudite et aux Emirats arabes unis. Ces divulgations sont venues contredire le discours officiel du gouvernement sur l'usage uniquement défensif des armes françaises au Yémen<sup>2</sup>. La phrase en exergue a conclu le propos suivant de la porte-parole du gouvernement : « Il est normal qu'un Etat protège un certain nombre de données qui sont nécessaires à des activités, notamment à des activités de défense extérieure et des activités militaires ». **\*\*\*46\*\*\***

Cet exemple qui, au-delà des « secrets », ne laisse pas d'évoquer la raison d'Etat, illustre superbement le droit qu'aurait l'Etat ne pas communiquer lorsqu'il ne le souhaite pas, autant qu'il permet d'en discerner certaines limites dans le monde ultra médiatisé de ce premier quart du XXI<sup>e</sup> siècle. La question de l'usage d'armes produites en France dans le conflit au Yémen servira à ce titre de fil rouge à la présente contribution. Il ne s'agira pas d'apprécier d'un point de vue juridique la responsabilité de la France à ce sujet, ni de déterminer au préalable si pèse sur elle une obligation de bloquer les exportations d'armes vers les pays concernés ; il s'agira, en s'appuyant notamment sur cet exemple, de conduire une étude exploratoire sur le droit, non formellement consacré en droit international, qu'aurait l'Etat *de ne pas communiquer*.

<sup>1</sup> [<https://made-in-france.disclose.ngo>], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>2</sup> « Armes françaises au Yémen : trois journalistes entendus par la DGSI », *Le Monde*, 17 mai 2019. V. aussi la « lettre ouverte au procureur de la République » d'un collectif d'avocats, d'organisations professionnelles et de syndicats protestant contre les « convocations de journalistes à la DGSI » (*Libération*, 29 mai 2019). Les signataires dénoncent l'ingérence des autorités publiques, qui menace le travail de journalistes concourant au droit d'accès à l'information sur un débat d'intérêt général. Les auditions par la DGSI (service administratif doté de fonctions de police judiciaire) seraient ainsi de nature à porter atteinte au secret des sources, qui est une garantie de la liberté de la presse, condition indispensable de la démocratie.

La *communication* sera entendue comme le fait de porter un élément à la connaissance du public – ce qui exclut la question de savoir si *entre eux* les Etats peuvent ne pas communiquer. Cette communication est dite *médiatique* lorsqu'elle passe par des médias de tout type (presse, télévision, site web, réseaux sociaux, etc.). Le propos, conformément à l'intitulé de la contribution, ne concernera cependant pas exclusivement la communication de type médiatique – ainsi la publication d'un traité dans des recueils officiels (*Journal officiel*, *Recueil des traités des Nations Unies*) constitue-t-elle une forme de communication à l'égard du public qui ne passe pas originellement par les médias même si la diffusion électronique quasi instantanée de nombreux actes officiels tend à estomper la différence entre publication et communication. Si seule la communication relative aux relations extérieures<sup>3</sup> de l'Etat sera envisagée, l'identification d'un droit de ne pas communiquer reposera sur une approche désenclavée, certes centrée sur le droit international mais faisant ponctuellement appel au droit interne, le droit français en particulier, qui peut être utilement convoqué pour lui donner davantage de chair. Dans le domaine des relations extérieures de l'Etat, droit international et droit interne ont tous deux voix au chapitre<sup>4</sup>.

L'existence d'un droit de ne pas communiquer et la détermination de ses limites ont partie liée avec la coexistence de deux paradigmes dans les relations internationales contemporaines : celui de l'« ancien monde », d'une part, dans lequel la politique étrangère de l'Etat se déploie dans un cadre traditionnel qui lui permet de préserver largement la confidentialité, voire le secret, de ses activités extérieures, si telle est sa volonté (I) ; celui du « nouveau monde », d'autre part, certes encore limité pour l'essentiel aux démocraties occidentales, mais dans lequel le droit de l'Etat de ne pas communiquer s'estompe tant par nécessité politique qu'en raison de l'émergence d'une obligation de transparence (II).

\*\*\*47\*\*\*

## **I. LE PARADIGME DE L'« ANCIEN MONDE » : UN DROIT DE NE PAS COMMUNIQUER SOLIDEMENT ARRIME**

Malgré le développement de la diplomatie digitale, malgré la « trumpisation » de la géopolitique, l'« ancien monde » des relations extérieures reste debout, celui des canaux diplomatiques traditionnels, avec ses échanges confidentiels de notes entre chancelleries, ses conversations dans les boudoirs en velours des ambassades ou ses apartés dans les larges couloirs des organisations internationales. Dans cet univers sujet à tous les clichés, la discrétion préside aux relations extérieures de l'Etat (A), l'obligation de communication demeurant limitée aux exigences de publicité (B).

### **A. La discrétion de l'Etat dans la conduite de ses relations extérieures**

Si la souveraineté constitue « la liberté qu'a l'Etat de faire ce qui est en son pouvoir »<sup>5</sup>, c'est bien de ce concept que le droit de ne pas communiquer dériverait. Régi par un droit international

---

<sup>3</sup> On reprendra la définition des relations extérieures donnée par Th. Mulier : « l'ensemble des situations de représentation ou d'engagement de l'Etat au travers de l'emploi de son outil diplomatique et (ou) son outil militaire dans ses relations avec les unités politiques extérieures à ses frontières » (*Les relations extérieures de l'Etat en droit constitutionnel français*, thèse, Paris 1, 2018, p. 55, parue chez Mare & Martin en 2020).

<sup>4</sup> V. Th. Mulier, *id.*, pp. 59 et s.

<sup>5</sup> J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 51.

qui demeure encore pour partie « un droit libéral de régulation »<sup>6</sup>, l'Etat est libre d'agir comme bon lui semble dans la limite de ses obligations internationales. Or traditionnellement, d'obligations de communiquer, du moins dans les médias, il n'a point. La « discrétion » est de mise en la matière, qu'elle soit envisagée selon l'une ou l'autre de ses deux acceptions, en tant que pouvoir *discrétionnaire* ou en tant que droit à la *discrétion*.

La manière dont l'Etat communique ou décide de ne pas communiquer sur ses relations extérieures relève en effet, en droit international, de son pouvoir discrétionnaire. En ce sens, l'Etat peut juger opportun de révéler au public (de manière directe ou en *off*), voire de mettre en scène, ses positions, actions et réalisations (y compris en instrumentalisant les médias)<sup>8</sup>, comme il peut juger plus pertinent de rester mutique ou discret, quelles que soient ses motivations : assurer le succès de l'action entreprise (négociations, opérations militaires, etc.), dispenser le public d'une information jugée de peu d'intérêt ou peu reluisante pour son image ou qui risquerait de le placer en délicatesse avec d'autres puissances. Quoi qu'il en soit, la communication médiatique de l'Etat sur son action extérieure n'est que la partie émergée de l'iceberg : le « gros » du travail diplomatique ne se fait pas \*\*\*48\*\*\* au grand jour ; la discrétion est même consubstantielle à la diplomatie dont elle est couramment présentée comme un gage d'efficacité. Plus largement, l'action de l'Etat dans le domaine des relations internationales ne se déploie au grand jour que de manière épisodique.

On ne s'étonnera pas, dès lors, que le droit international reconnaisse dans certains cas à l'Etat le droit à la discrétion, qui prend la forme tantôt d'un droit à la confidentialité, tantôt celle d'un droit au secret, dont divers instruments internationaux se font l'écho.

Le premier est notamment à l'œuvre au sein des organisations internationales, dont les organes peuvent tenir des réunions « privées »<sup>9</sup>. Il se manifeste encore dans le cadre de certaines procédures de règlement des différends. Lorsque l'Etat, en tant que personne publique, est impliqué, la confidentialité concerne moins les décisions rendues que, selon les cas, les audiences ou les pièces écrites échangées<sup>10</sup>. Le principe de confidentialité régit en premier lieu les procédures arbitrales et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC<sup>11</sup>, mais il peut

---

<sup>6</sup> E. Tourme-Jouannet, *Le droit international*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 2016, p. 123.

<sup>7</sup> V., par exemple, au sujet de l'idée d'une rencontre entre les présidents Trump et Poutine en marge de la cérémonie à Paris du centenaire de la fin de la Première Guerre mondiale, finalement abandonnée en raison de la réticence des autorités françaises, la déclaration (peu diplomatique...) en *off* d'un diplomate français relatée in *Le Monde*, 9 novembre 2018 : « Si un sommet russo-américain se tient à Paris, la France le préside. Nous ne sommes pas la Finlande » (en référence à la rencontre entre les deux présidents à Helsinki en juillet 2018).

<sup>8</sup> On pense par exemple aux écoutes (vraisemblablement par les services secrets croates) révélant des échanges entre l'agent de la Slovénie et l'arbitre qu'elle avait désigné dans l'affaire frontalière devant la CPA l'opposant à la Croatie (n° 2012-04), écoutes dont les médias croates se sont opportunément fait l'écho, conduisant le gouvernement croate à dénoncer une procédure arbitrale présentée comme viciée. V. A. Sarvarian et R. Baker, « Arbitration between Croatia and Slovenia : Leaks, Wiretaps, Scandal », *EJIL: Talk!*, 28 juillet 2015 [<https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/#more-13476>], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>9</sup> V. le chapitre IX du Règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité (S/96/Rev.7) qui prévoit la possibilité pour le Conseil de sécurité de tenir des séances privées. L'article 48 prévoit même que « [t]oute recommandation à l'Assemblée générale au sujet de la nomination du Secrétaire général est discutée et décidée en séance privée ». V. aussi la note du Président du Conseil de sécurité (S/2010/507) qui présente les méthodes de travail du Conseil de sécurité, entre autres selon les différents types de séances (publiques ou privées).

<sup>10</sup> V. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ/Lextenso, 2015, pp. 446 et s.

<sup>11</sup> Articles I à III des Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et les 2 et 3 des Procédures de travail à l'annexe 3 du Mémorandum d'accord.

aussi s'appliquer aux procédures amiables<sup>12</sup> ou quasi-juridictionnelles<sup>13</sup>. Devant la Cour internationale de Justice, des moyens existent de limiter la publicité des audiences<sup>14</sup> ou des pièces<sup>15</sup>.

Le droit au secret, quant à lui, n'est pas étranger à la sécurité des Etats. On en trouve trace dans de nombreux instruments conventionnels à travers les « exceptions de sécurité nationale » plus ou moins directement inspirées de l'article XXI du GATT. Par exemple, le traité d'investissement entre le Burkina Faso et le Canada prévoit ainsi que l'accord « n'a pas pour effet : a) d'obliger une Partie à communiquer des renseignements dont la divulgation serait à son avis contraire à ses intérêts de sécurité essentiels [...] »<sup>16</sup>. En dehors du droit international économique, l'article 72 du Statut de Rome de la CPI a similairement pour objet de protéger les « intérêts de sécurité nationale » des Etats auxquels la divulgation de renseignements pourrait porter atteinte.

**\*\*\*49\*\*\***

Le droit au secret de l'Etat est conforté par les droits internes qui reconnaissent, selon des modalités diverses, le « secret de la défense nationale »<sup>17</sup>. L'absence de contrôle juridictionnel des comportements non détachables des relations diplomatiques de l'Etat – en France à travers la théorie de l'acte de gouvernement – n'est pas de nature à ébrécher la discrétion de mise en la matière. S'agissant du refus du Premier ministre de suspendre les licences d'exportation de matériels de guerre à destination des pays impliqués dans la guerre au Yémen, la Cour administrative d'appel de Paris a ainsi considéré que :

« l'appréciation, de nature intrinsèquement politique, alors portée par les autorités gouvernementales françaises sur leur opportunité diplomatique confère à ces décisions, indissociables dans ces conditions de l'exercice de la conduite des relations extérieures de la France, le caractère d'actes de gouvernement ; qu'il n'appartient à aucun juge de connaître de ces actes par lesquels s'exerce un pouvoir souverain »<sup>18</sup>.

La théorie de l'effet direct est susceptible de produire des effets similaires, si l'on s'en tient au jugement prononcé en première instance par le Tribunal administratif de Paris<sup>19</sup>. Ce dernier

---

<sup>12</sup> Article 39, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>13</sup> V. les articles 77 (examen « à huis-clos » des communications dans le cadre des procédures interétatiques) et 88 (caractère « privé » des séances au cours desquelles sont examinées les communications individuelles) du Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques.

<sup>14</sup> Articles 46 du Statut et 59 du Règlement de la CIJ.

<sup>15</sup> Article. 53 du Règlement de la CIJ.

<sup>16</sup> Article. 18 de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Burkina Faso pour la promotion et la protection des investissements (2015).

<sup>17</sup> V. Conseil constitutionnel, *Loi relative au renseignement*, n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, où le Conseil constitutionnel français considère que « le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire ».

<sup>18</sup> CAA Paris, ord. du 26 septembre 2019, n° 19PA02929.

<sup>19</sup> Concernant le rejet du Premier ministre de la demande de suspension des licences d'exportation de matériels de guerre à destination de pays membres de la coalition impliquée dans la guerre au Yémen, v. TA Paris, n° 1807203/6-2, jugement du 8 juillet 2019, *Association Action sécurité éthique républicaines* où le tribunal considère que le refus de suspension de licence présente le caractère d'une décision administrative détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et que partant le recours pour excès de pouvoir dirigé contre lui est de la compétence du juge administratif. Le recours a néanmoins été rejeté, le tribunal estimant que les normes invoquées (traité sur le commerce des armes, Charte des Nations Unies, position commune n° 2088/944/PESC du Conseil de l'UE) ne présentent pas d'effet direct. V. Th. Mulier, « Le tribunal administratif

Franck LATTY, « Le droit de l'Etat de ne pas communiquer », in Mathias FORTEAU, Franck LATTY (dir.), *Communication médiatique de l'Etat et droit international*, Cahiers internationaux, n° 35, Paris, Pedone, 2022, pp. 45-60

avait, au demeurant, supprimé du contradictoire la note « confidentiel-défense » de la direction du renseignement militaire (celle qui attestait l'utilisation d'armes d'origine française dans le conflit et qui sera plus tard mise en ligne sur Internet)<sup>20</sup> et son jugement n'a pas traité la demande avant dire droit de déclassifier et de verser au contradictoire des parties tous les éléments du dossier<sup>21</sup>.

La raison d'Etat n'a pas disparu, et le juge interne est susceptible de la préserver en dispensant l'Etat de communiquer certains de ses secrets. De fait, les secrets d'Etat sont innombrables dont le public n'aura jamais connaissance avant que les historiens s'en saisissent, sauf accident conduisant à une divulgation anticipée, tel que l'échec d'une opération secrète<sup>22</sup>, l'insoutenable légèreté de dirigeants **\*\*\*50\*\*\*** politiques<sup>23</sup>, la ténacité de journalistes ou la détermination de « lanceurs d'alerte »<sup>24</sup>. Le droit de ne pas communiquer de l'Etat n'a pour autant rien d'absolu dans la mesure où une partie des relations juridiques internationales obéit au principe de publicité.

## **B. Limites à la discrétion de l'Etat dans les relations extérieures : les exigences de publicité**

Le caractère public d'une partie de la diplomatie internationale entraîne pour les Etats une obligation de communication *a minima*. Cette dernière n'est pas principalement destinée aux médias mais la chose communiquée au public est susceptible d'être relayée par eux.

L'une des principales entorses juridiques au droit des Etats d'agir en secret dans les relations internationales provient de la Charte des Nations, qui a voulu lutter contre la pratique des accords secrets en prévoyant une obligation d'enregistrement des traités auprès du Secrétaire général de l'ONU et leur publication<sup>25</sup>. Le défaut de publication demeure toutefois sans effet sur la validité du traité ; seule son opposabilité est en jeu dans la mesure où l'article 102, § 2, de la Charte prévoit qu'un traité non enregistré ne pourra être invoqué par une partie devant un organe de l'ONU, en ce compris, assurément, ses organes judiciaires. En pratique, innombrables sont les traités à ne pas être enregistrés<sup>26</sup>, ou l'être très tardivement, l'apparition d'un différend à leur sujet constituant souvent un élément déclencheur. De fait, la pratique des accords secrets n'a pas disparu. Les médias sont là pour en révéler occasionnellement l'existence, à l'instar du magazine allemand *Der Spiegel*<sup>27</sup> qui a fait état d'un document secret signé par la France et l'Allemagne en marge du traité d'Aix-la-Chapelle du 22 janvier 1919 sur

---

de Paris donne d'une main pour reprendre de l'autre – A propos des exportations d'armes à destination des pays impliqués dans la guerre au Yémen », *AJDA*, 2019, p. 2187.

<sup>20</sup> V. *supra* introduction.

<sup>21</sup> Th. Mulier, « Le tribunal administratif... », *ibid.*

<sup>22</sup> Par exemple l'affaire du *Rainbow Warrior* dans laquelle l'arrestation d'agents des services secrets français par les autorités néozélandaises a entraîné la mise au jour d'un scandale d'Etat. V. « La DGSE est bien responsable de l'attentat contre le Rainbow-Warrior », *Le Monde*, 17 août 1985.

<sup>23</sup> V. G. Davet, F. Lhomme, *Un président ne devrait pas dire ça*, Paris, Stock, 2016, où sont relatés les propos de François Hollande dans lesquels il reconnaît avoir autorisé des « opérations homo » (pour homicide) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, consistant en des assassinats ciblés s'apparentant à des exécutions extrajudiciaires.

<sup>24</sup> Voir *infra*.

<sup>25</sup> Article 102 de la Charte des Nations Unies.

<sup>26</sup> P. Reuter estimait en 1972 que seulement un quart des traités avaient été enregistrés, cité par J.-P. Jacqué, « Article 102 », in J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, t. 2, Paris, Economica, 2005, p. 2132.

<sup>27</sup> « Deutsch-französisches Geheimpapier regelt Waffenexporte neu », *Der Spiegel*, 15 février 2019, article disponible sur le site [www.spiegel.de/], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

la coopération et l'intégration franco-allemandes. Si ce dernier n'évoque que l'élaboration d'une « approche commune en matière d'exportation d'armements en ce qui concerne les projets conjoints » (article 4, § 3), selon les informations révélées, les deux Etats auraient conclu par ailleurs un document intitulé *Coopération industrielle franco-allemande en matière de défense. Compréhension commune et principes de vente*, aux termes duquel « les parties ne s'opposeront à aucun transfert ni exportation vers des pays tiers », ce alors que la chancelière allemande Angela Merkel s'était initialement prononcée en faveur d'une suspension des exportations d'armes vers l'Arabie saoudite après l'assassinat du \*\*\*51\*\*\* journaliste saoudien Jamal Khashoggi<sup>28</sup>. La publicité de l'accord, non plus au sens juridique mais commun du terme, a ainsi été assurée, hors de toute procédure officielle, par la voie journalistique...

Sur un autre terrain, les réunions des organes interétatiques des organisations internationales – celles des organes pléniers davantage que celles des organes restreints – présentent un caractère public, à l'occasion desquelles les positions de l'Etat sont l'objet d'une communication. Viennent immédiatement à l'esprit les discours des chefs d'Etat ou de gouvernement à l'ouverture de chaque session de l'Assemblée générale des Nations Unies, lorsque cet organe prend des allures de « théâtre mondial où, une fois l'an, les grands de ce monde sur-jouent leur rôle »<sup>29</sup>. La communication de l'Etat est alors l'objet d'une mise en scène en « mondovision », même si, par la force des choses et dans le meilleur des cas, seules quelques bribes de quelques discours atteindront le grand public. Les réunions publiques du Conseil de sécurité<sup>30</sup> conduisent également les Etats à faire état à découvert de leurs positions. Il est à peine besoin de rappeler le discours du ministre français des Affaires étrangères Dominique de Villepin à l'époque de la crise irakienne<sup>31</sup> pour constater que ces prises de parole sont susceptibles d'être très largement relayées dans les médias et de rentrer ainsi dans l'histoire sinon dans l'imaginaire collectif. De manière comparable, le caractère public de certaines procédures juridictionnelles internationales, notamment la publicité de principe des audiences, par exemple devant la Cour internationale de Justice<sup>32</sup> ou la Cour européenne des droits de l'homme<sup>33</sup>, conduisent l'Etat à afficher ses prétentions ou à se justifier au grand jour. Il appartient alors aux médias de s'en saisir – et l'on sait que certaines affaires devant la CIJ connaissent un écho médiatique considérable<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> « Exportation d'armes : Paris et Berlin auraient conclu un accord resté secret », *Le Parisien*, 15 février 2019.

<sup>29</sup> M. Larhant, S. Tanke, « L'Assemblée au travail », in G. Devin, F. Petiteville, S. Tordjman (dir.), *L'Assemblée générale des Nations Unies*, Paris, Presses de SciencesPo, 2020, p. 65.

<sup>30</sup> V. l'article 48 du Règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité (S/96/Rev.7) qui prévoit que « [à] moins qu'il n'en décide autrement, le Conseil de sécurité siège en public » et les articles 54 (publication des procès-verbaux des séances publiques) et 55 (publication d'un communiqué à l'issue de chaque séance privée).

<sup>31</sup> Conseil de sécurité, 58<sup>e</sup> année, 4707<sup>e</sup> séance, 14 février 2003, S/PV.4707.

<sup>32</sup> Article 46 du Statut de la CIJ et article 59 du Règlement.

<sup>33</sup> Article 40 de la CEDH.

<sup>34</sup> On pense par exemple aux affaires *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, ou *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)* qui ont fait la une des médias des pays concernés. Les plaidoiries devant la Cour, dont la retransmission en direct sur Internet a été suivie par un large public, ont également été relayées et commentées sur les réseaux sociaux. La médiatisation des procédures orales devant la CIJ a franchi un nouveau seuil dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)* (mesures conservatoires, 10-12 décembre 2019), la question du génocide des Rohingya (et sans doute aussi la présence de la Prix Nobel de la paix Aung San Suu Kyi comme agent du Myanmar) suscitant l'intérêt d'une audience débordant largement les médias et le public des Etats parties au différend.

La discrétion de l'Etat en matière de relations extérieures peut encore être troublée au gré de mécanismes propres à son ordre juridique interne. Les procédures parlementaires de contrôle de l'action de l'exécutif sont ainsi **\*\*\*52\*\*\*** susceptibles de conduire les plus hautes autorités de l'Etat à faire la lumière sur certains comportements, même si la conduite des relations extérieures n'est pas le domaine d'élection de ce type de contrôle, en France du moins. Ainsi, s'agissant du contrôle des exportations d'armement, une mission d'information a bien été mise en place au niveau de l'Assemblée nationale, mais ses prérogatives limitées souffrent mal la comparaison avec le contrôle parlementaire exercé en ce domaine au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis d'Amérique<sup>35</sup>.

Le respect d'obligations internationales en matière de droits humains est encore susceptible de limiter la « discrétion » de l'Etat dans ses relations extérieures, tant il est vrai que « le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret »<sup>36</sup>. Le droit d'accès aux documents administratifs ou aux archives en constitue une manifestation notable. Le refus opposé à un chercheur de consulter certaines archives présidentielles de François Mitterrand relatives au génocide rwandais a ainsi donné lieu à un contentieux illustrant les multiples dimensions juridiques du problème, où s'entrecroisent droits constitutionnel, administratif, international et européen. Saisi de ce refus, le juge administratif a adressé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel. Bien que reconnaissant un « droit d'accès aux documents d'archives publiques », ce dernier a considéré que les limites apportées par la loi française (signature de protocoles déterminant les conditions de communication ; consultation anticipée soumise à l'autorisation du signataire ou de son mandataire) demeuraient proportionnées à l'objectif d'intérêt général consistant à « accorder une protection particulière à ces archives qui peuvent comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif et, ainsi, favoriser la conservation et le versement de ces documents »<sup>37</sup>. Le requérant a par la suite saisi la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant son droit à recevoir des informations à travers la consultation des archives publiques, corollaire du droit à la libre communication des pensées et des opinions (article 10 CEDH)<sup>38</sup>, ainsi que son droit à un recours effectif (article 13 CEDH) permettant de faire valoir son droit à la liberté d'expression. Si la Cour a rejeté la requête pour défaut d'épuisement des voies de recours internes<sup>39</sup>, le Conseil d'Etat réuni quelques jours plus tard en Assemblée du contentieux s'est notamment appuyé sur les deux dispositions de la CEDH pour annuler le jugement du tribunal administratif qui s'était borné à constater l'absence d'erreur manifeste d'appréciation pour rejeter la demande d'annulation du refus d'autoriser une **\*\*\*53\*\*\*** consultation anticipée des archives présidentielles. Le Conseil d'Etat au préalable a posé le principe que

« l'autorisation de consultation anticipée des documents d'archives publiques est accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces

<sup>35</sup> V. l'article « A l'Assemblée, des élus s'invitent dans le débat sur les ventes d'armes à l'Arabie saoudite », *Le Monde*, 9-11 juin 2019, où il est noté que même si les ventes d'armes de guerre ne sont autorisées qu'après avis d'une Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG) dont les décisions sont « classées secret-défense », l'exécutif publie chaque année un rapport au Parlement sur les exportations de l'année qui précède, qui détaille les montants de livraisons par pays, sans préciser pour autant la nature précise des armes livrées, ainsi que leur usage.

<sup>36</sup> CrEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, § 67.

<sup>37</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, *M. François G.*

<sup>38</sup> V. CrEDH, Gde chambre, *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie*, n° 18030/11, arrêt du 8 novembre 2016, §§ 133 et s., *AJDA*, 2017, p. 157, chron. L. Burgorgue-Larsen.

<sup>39</sup> CrEDH, *François Graner c. France*, req. n° 84536/17, décision du 28 mai 2020.



documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, en particulier le secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure » (§ 6)<sup>40</sup>.

Tranchant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat a eu beau juger en l'espèce que « l'intérêt légitime du demandeur est de nature à justifier, sans que soit portée une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, l'accès aux archives litigieuses » (§ 17), il n'en demeure pas moins que le droit des citoyens à l'information doit composer avec les impératifs d'Etat mentionnés au paragraphe 6 de l'arrêt. Une limitation progressive du droit de l'Etat de ne pas communiquer semble toutefois bien à l'œuvre dans la jurisprudence française<sup>41</sup>, qui n'est sans doute pas étrangère au paradigme du « nouveau monde », dans lequel l'absence de communication de l'Etat devient de moins en moins supportable – du moins dans les sociétés démocratiques.

## II. LE PARADIGME DU « NOUVEAU MONDE » : UN DROIT DE NE PAS COMMUNIQUER SUR LA SELLETTE

En rupture avec les usages ancestraux dans la conduite des relations internationales, un « nouveau monde », vertigineux, se dessine, façonné par le développement des moyens de communication électroniques. Dans ce monde, pour des raisons moins juridiques que politiques, l'Etat ne peut plus ne pas communiquer au sujet de ses relations extérieures (A). De manière à première vue moins déraisonnable, ce « nouveau monde » est aussi celui qui s'accommode mal de la « raison d'Etat », laquelle se trouve concurrencée par le développement d'une obligation de transparence aux confins incertains (B).

\*\*\*54\*\*\*

### A. Politiquement : quand l'Etat ne peut pas ne pas communiquer

Le « nouveau monde », qui coexiste avec l'ancien, est celui de l'ultra-médiatisation des relations internationales, de l'instantanéité de l'information, de la diplomatie par voie de réseaux sociaux. Dans ce monde, les dirigeants s'expriment directement sur Twitter, parfois sans filtre, mais sans exclusive dès lors que n'importe quel particulier ou organisation est aussi capable de produire un message médiatique à écho exponentiel. Dans ce monde, la presse capitaliste des sociétés démocratiques, demandeuse d'une alimentation continue, côtoie les médias d'Etat dont l'objectif prioritaire, hors démocraties occidentales, n'est souvent ni l'information du public ni le profit mais le service des intérêts étatiques. Dans ce monde, la recherche du scoop, du scandale d'Etat voire du simple *buzz* médiatique compose avec les tentatives de manipulation difficilement parables, à travers les *fake news*, les *bots* et autres outils numériques.

---

<sup>40</sup> CE, Ass., 12 juin 2020, *M. A.*, n°s 422327, 431026 (publié au *Recueil Lebon*), comm. C. Malverti et C. Beaufils, *AJDA*, 2020, p. 1416.

<sup>41</sup> Concernant la communication des archives de l'exécutif, C. Malverti et C. Beaufils écrivent que le juge administratif a « transformé en droit opposable ce qui ressemblait il y a peu à une mesure de faveur » (*id.*). Considérant que l'accès aux archives « secret défense » doit être possible sans procédure préalable de déclassification une fois expirés les délais légaux de non-communication, v. CE, 2 juillet 2021, n° 444865. Le 2 juin 2021, l'Assemblée nationale a adopté un projet de loi comportant des dispositions relatives aux archives intéressant la défense nationale, dont l'objet est de prolonger la non communication de certains documents jusqu'à la date de la perte de leur « valeur opérationnelle », notion pour le moins vague qui a suscité de nombreuses critiques. V. par ex. Th. Fraise, « Jusqu'à quand l'Etat doit-il garder ses "secrets" ? », *The Conversation*, 28 juin 2021 [<https://theconversation.com/jusqua-quand-letat-doit-il-garder-ses-secrets-162693>].

Dans les régimes démocratiques, la reddition de comptes aux citoyens de la part de ceux qui exercent le pouvoir ne passe plus simplement par la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement, dans les régimes parlementaires, ou la remise en jeu des mandats à l'occasion d'élections. Elle s'exerce aussi à travers les médias de masse<sup>42</sup>. Il est commun pour un dirigeant d'y être interpellé sur son action ou son inaction, cette pratique n'épargnant pas la conduite des relations extérieures. La ministre des Armées a ainsi pu être interrogée sur l'utilisation d'armes françaises par l'Arabie saoudite dans le conflit au Yémen. Sa réponse millimétriquement calibrée – « Je n'ai pas connaissance du fait que des armes [françaises] soient utilisées directement dans ce conflit »<sup>43</sup> – dissimule mal l'embarras d'une dirigeante sur une question jugée sensible pour l'opinion publique. Devant le tribunal médiatique, l'invocation du « secret-défense » tient davantage lieu d'un aveu de culpabilité que d'une mesure de protection des intérêts nationaux. Il n'en demeure pas moins que les représentants de l'Etat ne peuvent se permettre de faire le dos rond, sans communiquer, sur des sujets ayant l'heur de retenir l'attention des médias. Il s'agit de contenir, voire d'éteindre, le feu médiatique, ce que les communicants appellent le « *damage control* » ou « communication de crise »<sup>44</sup>.

Une même nécessité pour l'Etat de communiquer apparaît lorsque des *fake news* prennent une ampleur incontrôlée. Ces fausses informations portent occasionnellement sur des actes internationaux dont la teneur réelle est, volontairement ou non, ignorée au bénéfice de la diffusion de peurs ou de fantasmes. Faute de les avoir anticipées, c'est avec un temps de retard que les autorités exécutives françaises ont mis en place une communication destinée à contre-carrer les *fake news* concernant le Pacte de Marrakech<sup>45</sup>, présenté par **\*\*\*55\*\*\*** l'extrême droite comme organisant une « déferlante » migratoire sur la France<sup>46</sup>. S'agissant par ailleurs du traité d'Aix-la-Chapelle, parmi diverses rumeurs relatives à ce texte, il a ainsi été avancé par des responsables politiques (en amont ou en aval d'informations similaires sur divers sites Internet et réseaux sociaux) que dans le plus grand secret la France envisageait à terme de partager son siège au Conseil de sécurité avec l'Allemagne voire sa puissance nucléaire (M. Le Pen, présidente du Rassemblement national), ou encore que la France allait « livrer » l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne (B. Monot, député européen de Debout la France)<sup>47</sup>. Ces rumeurs ont pu prospérer en raison de l'absence de publicité du projet de traité, qui n'a été communiqué que tardivement, et initialement de manière « brute », sans aucun élément d'explication pour le

---

<sup>42</sup> Critiquant le défaut de communication de la « présidence Macron » en matière de politique étrangère, v. P. Smolar, « La diplomatie française, société anonyme », *Le Monde*, 18-19 juillet 2021.

<sup>43</sup> Interview de Florence Parly, ministre des Armées, lors de l'émission « Questions politiques », *France Inter*, 20 janvier 2019.

<sup>44</sup> Cf. concernant la communication de crise des entreprises, bien davantage étudiée que celle des Etats : Th. Libaert, *La communication de crise*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dunod, 2020, 128 p.

<sup>45</sup> Sur le site du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, on trouve ainsi une page entière consacrée au Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, adopté le 11 décembre 2018. Une rubrique « Vrai ou faux ? Le Pacte en questions et réponses » précise que « [l]e Pacte n'est pas juridiquement contraignant », qu'il « ne crée pas d'obligations juridiques autres que celles auxquelles un Etat a déjà souscrit », que la souveraineté des Etats en matière migratoire « est reconnue et réaffirmée » et que celle-ci n'est « EN AUCUN CAS » (*sic*) remise en cause, qu'il ne crée pas de « droit à la migration », etc. [<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/la-france-et-les-nations-unies/le-pacte-mondial-pour-des-migrations-sures-ordonnees-et-regulieres/>], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>46</sup> V. « 'Pacte de Marrakech', la trajectoire d'une fake news », *Libération*, 14 février 2019, disponible sur [[www.liberation.fr](http://www.liberation.fr)], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>47</sup> V. « Une avalanche de *fake news* contre le traité franco-allemand », *La Croix*, 17 janvier 2019.

grand public<sup>48</sup>. C'est *ex post* que les autorités françaises ont accompli un gros travail de communication pour tuer les rumeurs sur le traité en détaillant de manière pédagogique le contenu<sup>49</sup>.

Par ce biais, l'Etat développe une communication basique en matière de relations internationales qui ne peut plus se cantonner à la réaction aux fausses rumeurs mais doit s'efforcer de les anticiper, faisant de son droit de ne pas communiquer une prérogative abstraite, malmenée par le rythme endiablé d'une communication médiatique devenue inévitable y compris en matière de relations extérieures.

A côté de ces contraintes politiques, la montée en puissance de l'obligation juridique de transparence menace tout autant le droit à la discrétion de l'Etat.

## **B. Juridiquement : vers une obligation internationale de transparence ?**

La révolution numérique qui marque l'avènement du paradigme du « nouveau monde » n'est pas étrangère à l'apparition de nouvelles normes impactant plus ou moins directement le droit de l'Etat à la confidentialité ou au secret et celui de ne pas communiquer en matière de relations internationales.

### **\*\*\*56\*\*\***

La liberté d'expression et de l'information, indispensable à toute société démocratique, sert de base au développement de normes de protection des journalistes et, de manière plus inédite, des « lanceurs d'alerte »<sup>50</sup>. Plusieurs de ces derniers sont à l'origine de révélations touchant aux relations internationales, qui ont fait la une des médias : outre les *Yemen Papers* (utilisation d'armes d'origine française dans le conflit au Yémen), viennent à l'esprit le *Cablegate* (diffusion via Wikileaks d'environ 250 000 câbles diplomatiques), l'affaire Snowden (révélation du programme d'écoutes massives des Etats-Unis et du Royaume-Uni, incluant l'écoute de dirigeants étrangers), les *Luxleaks* (accords fiscaux secrets du Luxembourg avec des multinationales), etc.

Alors même que les lanceurs d'alerte sont susceptibles de divulguer des informations dont les Etats souhaitent préserver la confidentialité voire le secret, émerge pour ces derniers une obligation d'accorder à ces personnes une protection juridique qui se justifie par « le rôle essentiel que jouent les journalistes et ceux qui leur communiquent des informations s'agissant

---

<sup>48</sup> Chronique Pierre Haski du 21 janvier 2019 dans la matinale de *France Inter*. V. *infra* la communication d'Agnès Van der Muhll, qui explique l'absence de diffusion du projet de traité par des motifs de politique intérieure allemande.

<sup>49</sup> V. notamment sur le site de la présidence de la République : « la VÉRITÉ (rien que la vérité) sur le traité franco-allemand d'Aix-la-Chapelle », et sur le site du gouvernement français : « Traité d'Aix-la-Chapelle : qu'en est-il vraiment ? Le vrai du faux » [<https://www.gouvernement.fr/traite-d-aix-la-chapelle-qu-en-est-il-vraiment-le-vrai-du-faux>], consultés le 1<sup>er</sup> septembre 2020. Sur le site de l'Élysée, on lit que « NON, l'Alsace et la Lorraine ne seront pas placées sous la tutelle de l'Allemagne », « NON, les Alsaciens ne vont pas être obligés d'apprendre et de parler allemand », « NON, la France ne va pas partager son siège au Conseil de sécurité de l'ONU avec l'Allemagne », etc.

<sup>50</sup> Le Conseil de l'Europe définit le lanceur d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé » (annexe à la recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des ministres, le 30 avril 2014).

Franck LATTY, « Le droit de l'Etat de ne pas communiquer », in Mathias FORTEAU, Franck LATTY (dir.), *Communication médiatique de l'Etat et droit international*, Cahiers internationaux, n° 35, Paris, Pedone, 2022, pp. 45-60

de renforcer la responsabilité des autorités et de favoriser l'existence d'une société pacifique et ouverte à tous »<sup>51</sup>.

Dans la lignée de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe selon laquelle « le cadre national normatif, institutionnel et judiciaire [...] devrait être conçu et développé dans le but de faciliter les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général en établissant des règles destinées à protéger les droits et les intérêts des lanceurs d'alerte »<sup>52</sup>, en France la loi n° 2016-1691 dite « Sapin 2 »<sup>53</sup> a fixé un cadre juridique général pour les signalements et établi une protection des lanceurs d'alerte. Ces derniers y sont définis comme les personnes qui révèlent ou signalent

« de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général »<sup>54</sup>.

Si le signalement est censé suivre une procédure *en interne* (au sein de l'institution concernée), la loi permet au lanceur d'alerte, « [e]n cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles » (article 8.II), de rendre public son signalement. L'exclusion du champ d'application de la loi Sapin 2 « [d]es faits, information ou documents [...] couverts par le secret de la défense nationale » constitue néanmoins une limite à la possibilité pour un **\*\*\*57\*\*\*** individu de révéler des comportements peu reluisants de l'Etat en matière de relations extérieures dont il aurait connaissance<sup>55</sup>. Malgré cela, ces procédures, lorsqu'elles sont appliquées aux organes publics (les ministères des Affaires étrangères<sup>56</sup> et des Armées<sup>57</sup>, entre autres, ont ainsi mis en place des procédures de recueil des signalements) participent d'un processus de « désopacification » de l'Etat, qui n'est qu'une facette d'une obligation plus générale de transparence en voie d'affirmation aux niveaux international, européen et national<sup>58</sup>.

Le domaine du droit des investissements étrangers en est une terre d'élection comme un puissant révélateur<sup>59</sup>. Par voie d'interprétation arbitrale, la transparence des autorités publiques à l'égard des investisseurs étrangers y a ainsi été érigée en obligation primaire de l'Etat, en tant

---

<sup>51</sup> Résolution 39/6 adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 27 septembre 2018, Sécurité des journalistes, § 13.

<sup>52</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7 précitée, § 1.

<sup>53</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>54</sup> Article 6 de la loi Sapin 2.

<sup>55</sup> Reconnaisant la marge d'appréciation des Etats en matière de sécurité nationale dans le contexte de l'article 10 CEDH (Liberté d'expression), v. CrEDH, *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16 décembre 1992, § 47.

<sup>56</sup> Arrêté du 29 juin 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements d'alerte au ministère des affaires étrangères, *JORF*, n° 0155 du 7 juillet 2018.

<sup>57</sup> Arrêté du 23 août 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements des alertes au ministère des armées, *JORF*, n° 0201 du 1<sup>er</sup> septembre 2018.

<sup>58</sup> Sur le « droit d'alerter, substrat de la société de la transparence », v. J. Marchand, « Le droit d'alerter, entre transparence et secret », *Revue des droits de l'homme*, 2016/10, [<http://journals.openedition.org/revdh/2297>], §§ 6 et s., consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>59</sup> V. O. Danic, *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, pp. 332 et s. et pp. 575 et s. ; Y. Nouvel, « Les relations économiques internationales à l'heure de la transparence », in J.-M. Sorel (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 177-190.

qu'élément de la protection des attentes légitimes des investisseurs et de la stabilité de l'environnement juridique, composante du traitement juste et équitable garanti par les milliers de traités en vigueur<sup>60</sup>. Les traités d'investissement récents mentionnent désormais textuellement des obligations de transparence pour les Etats parties<sup>61</sup>. En aval, le règlement des différends transnationaux entre investisseur et Etat connaît un processus de mise en transparence. Le moule de l'arbitrage commercial international, dont la confidentialité, alliée du « secret des affaires », est l'une des caractéristiques essentielles, s'avérant en partie inadapté à un contentieux mettant en jeu des intérêts publics, un mouvement normatif de transparence est à l'œuvre<sup>62</sup> qui est destiné à renforcer la légitimité des procédures en répondant aux critiques ou aux abus que la pratique a enregistrés<sup>63</sup>. En amont, la transparence s'imisce également dans un domaine jusqu'alors caractérisé par la plus grande confidentialité : la négociation de traités, ainsi que l'atteste la pratique de l'Union européenne dans la négociation des accords de libre-échange incluant un chapitre « investissement » (ex. : AECG/\*\*\*58\*\*\* CETA), en ce compris la consultation publique diligentée par la Commission au sujet du règlement des litiges en matière d'investissement<sup>64</sup>. La reconnaissance au public d'un droit d'accès aux documents des institutions<sup>65</sup> a ainsi offert à une ONG la possibilité de s'immiscer dans les négociations du Partenariat transatlantique menées par la Commission, en sollicitant la communication d'un avis du service juridique de la Commission concernant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats ainsi que le système juridictionnel des investissements dans les accords commerciaux de l'Union européenne. Si la Commission a invoqué une exception « relations internationales »<sup>66</sup> pour refuser la communication du document, elle a dû motiver son refus de manière précise et par la suite défendre sa position devant le Tribunal puis la Cour de Justice<sup>67</sup>. Le temps où les chancelleries négociaient en secret des traités semble bien loin...

Les questions relatives aux investissements ne sont qu'un élément du décor. Plus généralement, l'Union européenne est passée « d'une approche diplomatique des dossiers, où le secret est la

---

<sup>60</sup> Voir par ex. Ch. Arb. Stockholm, *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) c. Espagne*, n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §§ 653 et s.

<sup>61</sup> V. R. Maurel, *Les sources du droit administratif global*, thèse, Université Clermont Auvergne, 2019, pp. 226 et s.

<sup>62</sup> V. la Convention de Maurice sur la transparence de 2014 (Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etat fondé sur des traités). La convention complète les traités d'investissement en vigueur en permettant l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etat fondé sur des traités.

<sup>63</sup> V. S. Menetrey, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. Arb.*, 2012/1, pp. 33 et s.

<sup>64</sup> V. Commission européenne, « Présentation ce jour d'un rapport sur la consultation concernant la protection des investissements dans les négociations commerciales UE-Etats-Unis », Communiqué de presse du 13 janvier 2015, IP/15/3201.

<sup>65</sup> Règlement (CE) n° 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 (JO 2001, L 145, p. 43).

<sup>66</sup> Aux termes de l'article 4, § 1<sup>er</sup>, a), du règlement n° 1049/2001, les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne, entre autres, les relations internationales.

<sup>67</sup> CJUE, 19 mars 2020, *ClientEarth c. Commission*, C-612/18 P. La Cour a dans cette affaire confirmé l'arrêt du Tribunal qui avait lui-même jugé que « c'était sans commettre d'erreur que la Commission avait pu considérer que la divulgation des documents demandés affaiblirait sa position dans les négociations, ainsi que sa marge de négociation, et porterait donc atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales » (pt. 48 de l'arrêt du Tribunal).

règle, à un système institutionnel revendiquant son fondement démocratique »<sup>68</sup>. Le droit d'accès du public aux documents des institutions européennes vise ainsi selon la Cour de Justice à « améliorer la transparence du processus décisionnel communautaire, une telle transparence permettant notamment de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique »<sup>69</sup>. Les principes d'ouverture et de transparence ont été consacrés par le traité de Lisbonne<sup>70</sup>. Sous l'influence notable des pays d'Europe du Nord, la transparence érigée en tant qu'élément constitutif de la bonne gouvernance se diffuse jusqu'au sein des organes intergouvernementaux traditionnellement peu enclins à étaler au grand jour leur activité<sup>71</sup>.

\*\*\*59\*\*\*

A son tour, l'Union européenne est susceptible d'agir comme un vecteur de transparence à l'égard de ses Etats membres, y compris dans le domaine des relations extérieures et de la défense. Ainsi, en matière d'exportation d'armes, la position commune 2008/944/PESC du Conseil engage les Etats membres à « renforcer l'échange d'informations pertinentes [dans le domaine des transferts de technologie et d'équipements militaires] en vue d'assurer une plus grande transparence », et prévoit par ailleurs la publication de rapports annuels de l'UE sur les exportations d'armements, sur la base des contributions des Etats membres, et la publication par les Etats membres de rapports nationaux<sup>72</sup>. Le rapport annuel au Parlement publié par le ministère français des Armées ne manque d'ailleurs pas de consacrer un paragraphe à la « transparence au niveaux international et national »<sup>73</sup>. S'il y a en ce sens une communication gouvernementale au sujet de la transparence présentée comme un besoin démocratique<sup>74</sup>, l'affaire des *Yemen Papers* témoigne toutefois que la transparence affichée rencontre certaines limites à l'épreuve des faits. Quoi qu'il en soit, la transparence en matière de relations extérieures ne cesse de progresser sur les terrains pratique et normatif, ce qui constitue à certains égards un réel progrès démocratique dans un domaine traditionnellement peu ouvert à l'attention du public.

---

<sup>68</sup> H. Labayle, note sur l'*Ouverture, transparence et accès aux documents et à l'information dans l'UE*, Parlement européen, Direction générale des politiques internes, 2013, PE 493.035, p. 7. V. aussi H. Michel, « La transparence dans l'Union européenne : réalisation de la bonne gouvernance et redéfinition de la démocratie », *Rev. française d'administration publique*, 2018/1, n° 165, pp. 109-126. Cf., à une autre époque, P. Reuter, « Droit au secret et institutions internationales », *AFDI*, 1956, p. 51 : « chaque institution en tant que foyer d'activité, en tant qu'organisme doué d'une vie propre, doit recevoir une certaine protection contre la curiosité et l'inquisition extérieures » (italiques dans le texte).

<sup>69</sup> CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume de Suède c. Commission*, C-64/05, pt. 54.

<sup>70</sup> V. l'article 1<sup>er</sup> TUE, l'article 11, § 2, TUE, l'article 15, § 1<sup>er</sup>, TFUE, l'article 298, §§ 1 et 2 TFUE.

<sup>71</sup> V. « UE : le pari inachevé de la transparence », *Le Monde*, 31 janvier 2019, où sont relatés les efforts de la présidence finlandaise de l'UE pour rendre le Conseil de l'UE plus transparent (publication des rendez-vous avec les lobbyistes, diffusion de réunions du Conseil en direct sur Internet, développement de la communication sur les réseaux sociaux, publicité autour des « trilogues » entre le Conseil, la Commission et le Parlement dans le cadre de la procédure législative). L'article note toutefois que la transparence ne concerne pas le travail préparatoire au sein du Comité des représentants permanents, ce qui ne permet pas de connaître les positions exprimées par les Etats membres.

<sup>72</sup> Position commune 2008/944/PESC du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, spéc. article 8.

<sup>73</sup> Le *Rapport au Parlement sur les exportations d'armement de la France* (2019) affirme ainsi : « Dans le domaine des exportations d'armement, la France fait preuve de transparence à l'égard de la communauté internationale et de la société civile. Outre des informations sur son dispositif national de contrôle (réglementation et procédures administratives), elle communique également des données sur ses transferts d'armement ».

<sup>74</sup> Le *Rapport au Parlement sur les exportations d'armement de la France* (2019) s'ouvre sur les mots suivants de la ministre des Armées : « Les Français ont besoin de transparence. C'est pour répondre à cette exigence démocratique que nous adressons ce rapport à la représentation nationale ».

La question du degré de transparence doit toutefois être posée à l'heure où les technologies modernes permettent de diffuser en direct sur Internet toutes les réunions de tous les organes internes ou internationaux, de mettre en ligne les travaux préparatoires ou compte-rendu de tous types, bref d'assurer une publicité maximale à l'action des pouvoirs publics en matière de relations extérieures, au risque de réduire à néant le droit de l'Etat de ne pas communiquer. La menace de la « dictature de la transparence »<sup>75</sup> n'épargne évidemment pas le champ des relations internationales. Sans atteindre ces sommets, le cas de l'Union européenne témoigne déjà des entraves à l'efficacité de l'action publique susceptibles de résulter d'un curseur poussé trop loin en matière de transparence. S'agissant des négociations internationales, la Commission européenne doit ainsi composer avec les demandes de communication de documents préparatoires<sup>76</sup> ou avec la publicité **\*\*\*60\*\*\*** des mandats des négociateurs de l'Union européenne<sup>77</sup>, autant d'éléments qu'on peut estimer souhaitables d'un point de vue démocratique mais dont il n'est pas exclu, quoi qu'en dise la Cour de Justice<sup>78</sup>, qu'ils conduisent l'Union à montrer une partie de ses cartes dans la conduite des discussions et qu'ils réduisent le champ des possibles dans la négociation.

Le droit de l'Etat de ne pas communiquer semble ainsi concurrencé, voire menacé, par le développement d'une obligation de transparence, véritable « obsession post-moderne »<sup>79</sup> qui se diffuse jusqu'au domaine traditionnellement protégé des relations internationales. En la matière aussi, l'affirmation de Guy Carcassonne pourrait se vérifier : « Tout excès, toujours, finit par engendrer l'excès inverse. Nous n'avons renoncé à un secret maniaque que pour glisser dans une névrose de transparence »<sup>80</sup>. Communication médiatique et droit névrotique : la rime est riche...

---

<sup>75</sup> M. Pingeot, *La dictature de la transparence*, Nouvelles mythologies, Paris, Robert Laffont, 2016, 208 p.

<sup>76</sup> V. *supra* le règlement n° 1049/2001.

<sup>77</sup> V. par ex. la page sur le site Internet de la Commission européenne consacrée aux négociations sur le Brexit, comportant une rubrique « Documents relatifs aux négociations » ainsi présentée : « Documents publiés dans le cadre de l'approche de la Commission européenne en matière de transparence dans les négociations avec le Royaume-Uni au titre de l'article 50 [TUE] » [[https://ec.europa.eu/commission/brexit-negotiations\\_fr](https://ec.europa.eu/commission/brexit-negotiations_fr)], consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2020.

<sup>78</sup> CJUE, 19 mars 2020, *ClientEarth c. Commission*, C-612/18 P, pt. 48 (précité).

<sup>79</sup> J.-M. Sorel, « L'évolution des institutions financières internationales : entre redéploiement et fragilité, une restructuration systémique en danger », *AFDI*, 2006, p. 500.

<sup>80</sup> G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 17. Au sujet des Accords d'Oslo entre Israéliens et Palestiniens, l'auteur note : « C'est dans le secret qu'ils avaient été négociés d'abord, mais c'est dans une transparence limpide qu'ensuite ils ont été méthodiquement sabotés... » (p. 20).